Capitolo I

Banche e sistema finanziario

La finanza é quell'insieme di imprese, contratti, istituzioni che consente di far arrivare il risparmio (reddito non speso) da soggetti che ne hanno in surplus a soggetti che ne sono in deficit.

I risparmiatori sono rappresentati da persone fisiche (famiglie) che non esercitano attività imprenditoriali a soggetti bisognosi di risorse finanziarie, che sono imprese (in forma di SPA), Stato, enti pubblici e famiglie, sia perché non è possibile svolgere attività d'impresa utilizzando solo i beni personali dell'imprenditore, sia perché anche le persone fisiche possono avere necessità finanziarie per l'acquisto di abitazioni o di beni di consumo.

La banca è un'impresa che produce servizi ed è il principale attore dei sistemi finanziari: si interpone fra soggetti che offrono risparmio e quelli che lo domandano, raccogliendo risorse finanziarie dal pubblico e offrendo prestiti alle imprese, alle famiglie, allo Stato e agli enti pubblici.

La banca svolge diverse attività, ma l'intermediazione è riservata solo ed esclusivamente ad essa.

L'altro canale di finanziamento è rappresentato dai mercati mobiliari (la borsa): i risparmiatori acquistano titoli emessi dalle imprese, dallo Stato e dagli enti pubblici rappresentati da quote di partecipazione al capitale o da quote di debito (obbligazioni).

Entrambi sono regolati da discipline speciali: si tratta di norme norme che tutelano un interesse pubblico e generale, a differenza del codice del consumo che tutela l'interesse individuale, e che servono a garantire la fiducia dei risparmiatori nell'integrità del sistema finanziario.

L'intermediazione bancaria

Il contratto tipico con cui i risparmiatori cedono denaro alla banca è il deposito bancario, con il quale la banca acquista la disponibilità di una somma di denaro in cambio di un corrispettivo calcolato sulla base di un tasso d'interesse.

Le banche, per l'acquisizione di risorse finanziarie, utilizzano anche altri contratti come "l'emissione di obbligazioni", ma il deposito occupa un ruolo preminente per la raccolta del risparmio.

Le banche utilizzano le risorse finanziarie così acquisite cedendole ad altri soggetti con contratti di credito, in questo caso la banca diventa creditrice, mentre l'impresa, l'amministrazione pubblica o il privato che riceve le risorse finanziarie è il debitore.

Il guadagno della banca è rappresentato dalla differenza tra i tassi pagati al risparmiatore e quello che pagano i suoi debitori.

I prestiti possono prevedere un termine più o meno lungo per la restituzione.

Le banche possono impiegare le disponibilità acquisite dai risparmiatori anche mediante altre formule contrattuali, attraverso l'acquisizione di strumenti finanziari emesse da imprese nella

forma della società, che possono essere rappresentati sia titoli di debito, come le obbligazioni, sia da titoli di partecipazione alla società, le azioni.

Fondamentale è il grado di partecipazione al rischio:

- nel caso dell'intermediazione bancaria, il rischio è a carico della banca, che assume la veste di debitore nei confronti dei risparmiatori. Infatti è la banca (attraverso i suoi esperti) a dover valutare la capacità delle imprese, degli enti pubblici e delle famiglie ad onorare il loro debito. Questo vuol dire che la banca deve restituire l'intero ammontare delle somme ricevute dai risparmiatori (valore nominale + eventuali interessi), a prescindere dal buon esito dell'operazione economica e dalla puntualità dell'adempimento dei suoi creditori.
- nel caso di mercati mobiliari, invece, il rischio é a carico dei risparmiatori. Ecco perché il risparmiatore necessita di intermediazione finanziaria attraverso un apposito contratto.

N.B. Nessun investimento é a RISCHIO ZERO.

Nel caso d'intermediazione bancaria si parla di "risparmiatore"; nel caso di mercati mobiliari si parla di "investitore": cambia il termine perché dipende da chi é carico il rischio.

La banca svolge più funzioni, tra cui: la funzione monetaria; la funzione di liquidità; la riduzione dei costi di transazione nella valutazione delle iniziative imprenditoriali; la trasformazione della scadenze.

La funzione monetaria

Con il contratto di deposito, il depositante (risparmiatore) può chiedere in qualsiasi momento la restituzione delle somme versate alla banca (valore nominale + eventuali interessi).

Questo consente che i debiti delle banche possono essere utilizzati come moneta nelle transazioni economiche, infatti i depositanti possono utilizzare il denaro depositato attraverso particolari strumenti, come l'assegno bancario.

Vi è una riserva a favore della banca, la quale è l'unica a poter stipulare il contratto di deposito con una pluralità indeterminata di soggetti (in realtà, ha senso stipulare tale contratto SOLO con la banca e non tra singoli soggetti).

La creazione di moneta viene spiegata tramite il meccanismo della "moltiplicazione dei depositi": un soggetto deposita presso la banca una certa somma, la quale può essere utilizzata tramite i tipici strumenti bancari per soddisfare le sue esigenze di consumo (come il contratto di conto corrente bancario).

La statistica riesce a dire con ragionevole certezza quanti soggetti richiederanno i soldi depositati, quindi la banca sa già quanto deve tenere fermo per far fronte alle richieste di restituzione (riserva frazionata), mentre utilizza il restante residuo per concedere prestiti (ad es. su 100, 80 si usano per fare prestiti e 20 vanno a coprire la riserva).

L’impresa che riceve il prestito lo utilizza per sostenere la sua attività economica. Già dopo questo primo passaggio l’ammontare di moneta in circolazione è aumentato, datato che il depositante può beneficiare di potere d’acquisto pari al valore nominale del deposito, ma anche il destinatario del prestito potrà utilizzare le somme ricevute, che rappresentano una frazione del deposito iniziale (nell’es. precedente, la disponibilità di spesa rispetto ai 100 iniziali é 180 già dopo il primo passaggio).

Il beneficiario del pagamento da parte dell’impresa aumenta la sua ricchezza. La moneta ricevuta viene utilizzata in parte per i pagamenti e in parte viene depositata, dando inizio nuovamente al processo di moltiplicazione dei depositi.

La funzione di liquidità

Le banche consentono ai risparmiatori di effettuare attraverso il deposito, un investimento sicuro e liquido, per poter soddisfare le esigenze di consumo che possono emergere in un momento futuro. I contratti di deposito prevedono che le banche paghino un interesse, ossia una remunerazione ai depositanti anche nel caso in cui concordino il diritto di riavere la disponibilità delle somme cedute alla banca in qualsiasi momento. In tal modo la banca soddisfa le diverse esigenze dei depositanti che hanno bisogno di liquidità da spendere immediatamente o a breve termine con quelle dei soggetti che vogliono effettuare un investimento di più lungo periodo.

La funzione creditizia e la riduzione dei costi di transazione

L’esistenza delle banche produce un vantaggio che è rappresentato dalla riduzione dei costi di transazione presenti nelle operazioni di finanziamento. Occorre precisare che le imprese hanno interesse a fornire alle banche piuttosto che al mercato le informazioni della loro situazione, per tutelare la riservatezza sulle stesse necessaria per lo svolgimento delle attività economiche in regime di concorrenza.

Le banche negli ultimi 20 anni hanno cominciato a trasferire il rischio creditizio ai mercati, contraddicendo la “non negoziabilità dei prestiti”; i prestiti erano considerati non negoziabili a causa a causa delle difficoltà di valutazione degli stessi da parte del mercato. L’elemento di novità principale è rappresentato dalla nascita e dalla diffusione delle operazioni di cartolarizzazione con le quali le banche hanno ceduto blocchi di crediti, la cartolarizzazione, consentendo alla banca che ha effettuato i finanziamenti di non conservare in bilancio i rischi da essi derivanti, possono indebolire gli incentivi a effettuare una corretta valutazione del merito creditizio. Questo fenomeno viene descritto come il passaggio da un modello di banca che origina i rischi finanziari e li conserva nel proprio portafoglio a uno in cui l’intermediario origina i rischi ma li distribuisce ne mercato.

In realtà, il ruolo svolto dalle operazioni di cartolarizzazione è stato sopravvalutato, dato che gran parte dei crediti nell’attivo delle banche continua ad essere non negoziabile.

Invece, i crediti che possono essere ceduti al mercato in operazioni di cartolarizzazione sono quelli derivanti da mutui immobiliari garantiti da ipoteca. Quindi, il ruolo svolto dalle banche nella selezione delle iniziative imprenditoriali rimane importante.

La trasformazione della scadenze

Le banche, avendo al proprio passivo depositi, normalmente rimborsabili "a vista", cioè dopo un breve termine, all'attivo crediti, consentono di conciliare le diverse preferenze dei depositanti con quelle dei soggetti finanziati. I piccoli risparmiatori possono essere interessati a rientrare nella disponibilità del denaro investito in tempi ridotti per soddisfare le proprie esigenze di consumo, mentre l'impresa necessita di risorse finanziarie stabili per lo svolgimento delle proprie attività. Le banche non impiegano tutte le risorse finanziarie acquisite con contratti di deposito a vista per finanziare imprese con scadenze di lungo termine, bensì seguono delle regole di trasformazione delle scadenze per non incorrere in problemi di carenza di liquidità nel far fronte alle richieste di rimborso dei depositi.

In realtà, la ricostruzione della nozione di banca e di attività bancaria deve avvenire alla luce del dato normativo, perché non sempre gli ordinamenti attribuiscono la qualifica di banca a imprese che svolgono le funzioni economiche prima descritte, così come esistono imprese finanziarie che svolgono tali funzioni, ma che non sono qualificate come banche.

I sistemi banco-centrici e i sistemi mercato-centrici

Il denaro dei risparmiatori arriva alle imprese, allo Stato e alle famiglie attraverso gli intermediari e i mercati.

Fra i primi hanno preminenza le banche; fra i secondi, invece, le Borse valori e gli altri mercati organizzati (come quello dei titoli di Stato).

I mercati finanziari sono il luogo dove si incontrano domanda e offerta di risparmio: i risparmiatori acquistano titoli emessi dalle imprese, dallo Stato e dagli enti pubblici rappresentati da quote di partecipazione al capitale o da quote di debito (obbligazioni).

Anche nei mercati finanziari è necessaria la presenza di intermediari (che possono essere anche le banche), che prestano un servizio di investimento, cioè assistono il risparmiatore nell'investimento o le imprese nel collocamento dei propri titoli sui mercati.

I risparmiatori, infatti, difficilmente possono acquistare titoli nei mercati finanziari senza l'assistenza di un intermediario, in quanto l'accesso a tali mercati per l'acquisto di titoli è riservato a soggetti appositamente autorizzati, alla luce dei principi di trasparenza e correttezza:

- in alcuni casi i risparmiatori si rivolgono agli intermediari per acquistare titoli nei mercati finanziari, per avere un servizio di consulenza o per dare un mandato di gestione del proprio risparmio.

- in altri casi, invece, i risparmiatori si rivolgono agli intermediari per investire nei mercati sfruttando il beneficio della diversificazione del rischio, possibile solo quando si investono ingenti somme. A tale fine, i risparmiatori non comprano direttamente i titoli emesse dalle imprese o dagli enti pubblici, ma quote di fondi dotate di autonomia patrimoniale (es. fondi comuni di vestimenti o fondi pensione).

Il rischio, in questo caso, è a carico del risparmiatore e gli intermediari rispondono a titolo di risarcimento del danno, nel caso in cui non adempiono al contratto secondo i principi di diligenza, correttezza e buona fede.

Distinguiamo quindi:

- **sistemi banco-centrici**: quei sistemi dove prevale il canale dell'intermediazione bancaria;
- **sistemi mercato-centrici**: quei sistemi dove prevale il canale dei mercati mobiliari.

Per comprendere gli assetti del sistema finanziario di un Paese bisogna guardare innanzitutto al peso dello Stato nell'economia (in Italia, inizialmente, questo ruolo dello Stato era molto forte, ma intorno agli Novanta del '900 sono state avviate le operazioni di privatizzazione).

Un altro elemento caratterizzante è il modello di banca adottato.

Le banche, essendo operatori universali, possono esercitare diverse attività: possono operare nei mercati mobiliari comprando e vendendo titoli per conto proprio o di terzi o prestando altri servizi di investimento.

Le banche che si occupano specificamente dell'attività di intermediazione tradizione sono definite "**banche specializzate**"; invece, quelle che si occupano anche di attività di raccolta di depositi ed erogazione di prestiti nel settore dei servizi di investimento sono definite "**banche universali**".

La "**banca mista**" è un tipo di banca universale che assume un rapporto intenso e di lunga durata con le imprese finanziarie, arrivando ad acquisire anche partecipazioni di rilievo stabili nelle stesse, ad es. la banca tedesca, in cui gli amministratori delle banche siedono anche nei consigli di amministrazione delle imprese controllate.

Nei sistemi banco-centrici prevale il modello di banca universale o mista; mentre, nei sistemi mercato-centrici prevale il modello delle banche specializzate.

La banca mista tedesca nasce come sostituito dei mercati, infatti il suo sviluppo in Germania si spiega come risposta all'assenza dei mercati finanziari che caratterizza i Paesi arrivati tardi all'industrializzazione.

L'esperienza italiana, invece, è diversa: è un sistema banco-centrico dove è stato sempre vigente un principio di specializzazione temporale fra gli intermediari e un principio di separazione fra banca e industria, che ha impedito alle banche di acquisire il controllo di imprese industriali. Questi vincoli non hanno consentito lo sviluppo della banca mista in Italia.

Capitolo II

L’evoluzione del modello di banca

Dai primi fenomeni finanziari alla banca dell’Ottocento

Mentre esiste una definizione molto precisa di “attività bancaria”, non esiste una definizione legislativa di “banca”, anche perché i modelli di banca si sono evoluti nel corso del tempo e nei vari ordinamenti giuridici; non abbiamo, quindi, una nozione unitaria di “banca”.
La banca e il credito hanno origini molto antiche, ma i primi passi per lo sviluppo della banca moderna, però, si ha con l’attività dei cambia-valute e dei grandi mercanti nella città.

Le banche, infatti, sono nate come operatori in cambi, che servivano a fare pagamenti.
L’esercizio dell’attività bancaria nasce soprattutto per soddisfare le esigenze dei commercianti che dovevano effettuare pagamenti in luoghi distanti fra loro con monete e valute diverse.
I mercanti, quindi, prestavano un servizio di pagamento, attingendo alle proprie risorse e non alla raccolta di soldi fra il pubblico.
La “banca” dell’epoca aveva la forma di società di persone e la compagnia più famosa dell’epoca fu quella della famiglia Medici di Firenze.

Banche e sviluppo della moneta bancaria dal 500

Accanto alla figura del mercante-banchiere troviamo l’attività di piccolo prestito a interesse fatta da soggetti privati, ma soprattutto la nascita dei **monti di pietà** e dei **banchi pubblici**:

- i monti facevano prestiti di piccolo importo su pegno;
- i banchi pubblici, invece, ricevevano depositi e potevano trasferirli a terzi tramite semplici annotazioni contabili.

  Grazie a questo meccanismo, nel Seicento nacque la moneta scritturale: il cambio di monete avveniva con scritture nei registri contabili alle quale era riconosciuto valore legale a favore di gestori e clienti; le scritture erano affidate ai notai.

  I banchi si caratterizzavano soprattutto per l’offerta di moneta bancaria; offrivano servizi di pagamento attraverso il giroconto o altre forme primitive della moneta scritturale.

Altro fenomeno importante fu la nascita di istituti di emissione, come la Bank of England.
Le passività della banche di emissione erano rappresentate da un titolo che conferiva al portatore il diritto di ottenere a vista dalla banca il pagamento in moneta metallica della somma iscritta nel biglietto.
Con gli istituti di emissione si esalta la funzione di creazione di moneta dal credito. L’istituto concedeva prestiti mettendo a disposizione delle imprese mezzi di pagamento fiduciari rappresentati dai propri debiti verso il pubblico. L’istituto di emissione non conservava riserve auree pari all’ammontare dei biglietti di banca emessi: l’oro conservato nei forzieri rappresentava solo una frazione dei biglietti di banca emessi perché faceva affidamento sul fatto che solo una parte dei detentori di biglietti di banca avrebbe richiesto la conversione, preferendo continuare ad usare i biglietti di banca per i pagamenti in sostituzione dell’oro.

L’emissione di carta moneta (cioè di biglietti di banca) venne assoggettata ad una disciplina imperativa fondata sui limiti all’emissione dei biglietti.

Alla fine dell’800 potevano emettere cartamoneta in Italia i seguenti istituti: La Banca Nazionale del Regno d’Italia, la Banca Nazionale di Toscana, il Banco di Napoli, il Banco di Sicilia, la Banca degli Stati Pontifici e la Banca Romana.

Il monopolio di emissione a questi istituti rappresenta un passaggio importante che porterà alla moneta legale, cioè al biglietto emesso dagli istituti di emissione a cui l’autorità dello Stato attribuisce il potere liberatorio dai debiti.

In Italia, l’istituto abilitato all’emissione di banconote è la Banca d’Italia, che esercita anche poteri di vigilanza sull’attività delle banche.

Le banche di deposito e la diffusione dell’assegno all’inizio dell’800

Le banche di deposito accompagnavano la raccolta di denaro (tramite deposito) alla concessione di prestiti.

Tali banche consentivano l’utilizzo delle disponibilità finanziarie depositate, annotate in conto corrente, attraverso un ordine scritto di pagamento di importo scelto dal depositante, chiamato “assegno”. L’assegno consentiva il trasferimento del potere di acquisto rappresentato dal deposito attraverso il trasferimento di un documento cartaceo. Nacque nella prassi commerciale inglese intorno alla metà del ‘700 con la denominazione di check, ebbe notevoli vantaggi per la celerità degli scambi commerciali e delle compensazioni tramite scritture contabili senza uso di moneta.

La banca moderna

Attorno alla metà dell’800, l’attività bancaria incominciò ad assumere contorni più netti.

Innanzitutto, cominciò ad essere esercitata sotto forma di società di capitali e si distinse in tre modelli: i **crediti mobiliari**, le **banche universali** e le **banche di deposito**.

Il credito mobiliare italiano copiò quello francese, che era un istituto di credito fondato da due finanzieri dell’epoca, i quali facevano prestiti soprattutto nella forma delle obbligazioni societarie (con queste obbligazioni fu finanziata la costruzione del sistema ferroviario francese). Il credito mobiliare era un intermediario che raccoglieva risorse finanziarie attraverso l’emissione di azioni, ma anche tramite deposito e obbligazioni societarie, e le utilizzava sia per concedere prestiti, sia investendo in titoli emessi dalle imprese, ossia azioni ed obbligazioni.

Le banche universali concentravano la raccolta del risparmio nella forma di depositi e ampliavano l’offerta di prodotti ai servizi di pagamento e alla prestazione di credito, senza mai abbandonare gli investimenti nel capitale delle imprese.

La banca di deposito ampliò la raccolta attraverso l’espansione dei depositi e diede impulso alle operazioni di credito, soprattutto al piccolo commercio. Le operazioni di banca erano: dal lato passivo, il deposito; dal lato attivo, lo sconto di cambiali, le anticipazioni su titoli, le aperture di credito in conto corrente, i mutui ipotecari.

Si delinearono, quindi, i contorni della banca commerciale moderna, cioè un'impresa che e l'erogazione del credito.

Solo con l'art 1 della legge bancaria del 1936 si delinea la nozione di "attività bancaria": *la raccolta del risparmio fra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico. Tali funzioni sono esercitate da Istituti di credito di diritto pubblico, da Banche di interesse nazionale, da Casse di risparmio e da Istituti, Banche, Enti e imprese private a tal fine autorizzate.*

Con tale legge cambia l'approccio all'attività bancaria: d'ora in poi ciò che conta non è la natura finanziaria delle singole operazioni, ma il complesso dell'attività svolta.

L'attività d'intermediazione creditizia, affidata a soggetti autorizzati, consiste, quindi, in operazioni con cui l'imprese acquisisce risorse finanziarie dal pubblico e operazioni con cui impiega queste risorse per concedere prestiti.

Dagli anni '30 del 900 la legge definisce la nozione di "banca", individuandone l'oggetto sociale e ponendo dei limiti alla sua attività.

In Italia, la legge bancaria previde una distinzione fra:

- l'**azienda di credito**, che poteva raccogliere risparmio a vista o a breve termine e poteva utilizzare queste risorse solo per prestiti a breve scadenza (massimo 18 mesi). Corrispondeva al modello della banca commerciale;
- gli **istituti di credito speciali**, che potevano raccogliere risparmio solo a medio e lungo termine e potevano fare prestiti a medio e a lungo termine. Avevano il divieto di raccogliere a vista e potevano raccogliere tramite uno strumento simile all'emissione obbligazionaria.

L'evoluzione del sistema bancario italiano nel Novecento

L'assetto del sistema bancario italiano agli inizi del Novecento era molto frammentato:

- vi erano **banche miste** (sulla scia del modello tedesco): Banca Commerciale; Credito Italiano; banco di Roma e Società Bancaria.

  È una banca che assiste l'impresa, finanziandole a medio/lungo termine (definita House Bank). Con la raccolta a breve termine il sistema industriale rimane fermo (come avviene in Italia), non sarebbe così se ci fosse un mercato mobiliare molto forte (come avviene nel sistema inglese e americano, ma manca in Italia).

  La banca mista, quindi, è stata la chiave di volta che ha consentito di sostituire la borsa (molto in piccola in Germania, così come in Italia) con un canale di finanziamento della grande industria che offriva risorse finanziarie stabili. Le banche tedesche, infatti, finanziavano l'industria comprando azioni, sedendosi nel consiglio di amministrazione e potendo fare prestiti anche a 20 anni poiché conoscevano l'andamento del loro soggetto affiliato.

  Le nostre tre banche miste non solo investivano nel capitale delle grandi industrie italiane, ma poi la grande industria italiana si comprava azioni nella banca. Difatto, i soldi dei depositanti venivano usati per comprare azioni dell'industria e l'industria con quei soldi si ricomprava le azioni della banca.

Questo in Germania non è vietato, ma la banca mista non lo prevede.

Con la crisi del '29, quando l'IRI comprò le grandi industrie italiane che erano fallite, scoprì che una di queste si era comprata la banca di Roma, poiché proprietaria di un pacchetto di controllo (pericoloso intreccio partecipativo).

Si può investire, ma le azioni non le può avere la stessa impresa in cui si investe. Le azioni, infatti, devono stare nel mercato finanziario: solo così può funzionare la banca mista.

Proprio per questo motivo la legge bancaria del '36 vietò a qualsiasi banca di possedere partecipazioni stabili nel capitale di imprese industriali e qualsiasi impresa industriale di comprare azioni di banche.

- poi vi era la **parte pubblica**, come il Monte dei Paschi di Siena, il banco di Napoli, la Banca Nazionale del Lavoro. Questi avevano la struttura della fondazione.
- poi le **casse di risparmio**, banche sotto forma di ditte individuali e molte banche a carattere locale o regionale. Anche queste aveva la struttura delle fondazioni e servivano ad incoraggiare il piccolo risparmio e diffondere uno spirito di parsimonia fra i meno abbienti.

  Le casse di risparmio perseguivano una finalità di beneficienza e assistenza attraverso una gestione imprenditoriale dell'azienda bancaria.
- infine, banche in forma di **società cooperative**, raggruppate in 2 categorie:
  - le **casse ruralie artigiane,** caratterizzate dalla mutualità, in cui l'attività bancaria era rivolta principalmente ai soci.
  - le **banche popolari,** rappresentavano intermediari locali in cui i vincoli di mutualità erano meno rigidi.

Le aziende di credito nella legge del 1936

La legge del 1936 confermò la natura di **istituti di credito di diritto pubblico** del Banco di Napoli, del Banco di Sicilia, della Banca Nazionale del Lavoro, del Monte Paschi di Siena.

Le **banche miste**, invece, vennero inglobate nell'area pubblica sotto la proprietà dell'Iri in seguito alla crisi finanziaria e vennero dichiarate "**banche di interesse nazionale**".

Gli istituti di credito di diritto pubblico, le banche di interesse nazionale, le casse di risparmio, le casse rurali vennero qualificate come "**aziende di credito**", che potevano esercitare il credito a breve termine e finanziavano prevalentemente l'attività commerciale.

Gli istituti di credito speciale nella legge del 1936

Gli **istituti di credito speciali**, come abbiamo detto, si occupavano del finanziamento a lungo termine; questi istituti concedevano credito sulla base di leggi ad hoc per favorire l'afflusso di risorse a determinati settori dell'economica. Anche tali istituti erano pubblici.

In alcuni casi, la legge stabiliva che determinate operazioni creditizie potessero essere concesse da una cerchia di determinati soggetti, secondo determinate forme negoziali: il **credito fondiario ed edilizio** e il **credito agrario**.

Il primo era un credito, garantito da ipoteca su immobili, disciplinato da una legislazione volta a favorire la diffusione della proprietà immobiliare; il secondo prendeva l'utilizzo di strumenti (cambiale agraria) che offriva particolari garanzie all'istituto che l'accettava.
Negli altri casi, la legge disciplina la forma organizzativa dell'intermediario, l'ambito e le modalità operative; esempi erano il Consorzio di credito e alcune banche pubbliche partecipate dalla Cassa del Mezzogiorno.
Gli Istituti di credito speciale erano sottratti alla gran parte delle disposizioni di vigilanza contenute nella legge bancaria del 1936 solo nel 1981 fu emanata la legge di riordino di tali istituti.

Il credito mobiliare

All'inizio del Novecento, il credito mobiliare rappresentava una piccola parte di tutta l'attività bancaria.

Il credito mobiliare in Italia, così come la banche miste, fallì per una serie di errori gestionali e di irregolarità.
In particolare, fallì perché ad un certo punto ha cominciato ad aumentare la raccolta in questa forma e ha continuato a finanziare l'economia mediante l'acquisto di azioni.
Infatti, se raccogliamo risorse finanziarie con obbligo di restituzione a vista e sul lato dell'attivo non ci sono prestiti a breve termine, ma abbiamo investimenti in azione (che, se venduti, non vi è la sicurezza che qualcuno li compri), allora quest'attività non è ben gestita ed è molto probabile il suo fallimento.
Con lo scopo di esercitare questo credito, nel 1933 venne istituito l'**IMI**, che era un ente di diritto pubblico specializzato nel credito a medio e a lungo termine all'economia e nell'acquisto di azioni di imprese industriali. Esso si finanziava attraverso l'emissione di obbligazioni.
Nel 1946 nacque **Mediobanca**, che si occupava del finanziamento di attività industriali, anche attraverso sottoscrizione di obbligazioni e di quote di partecipazione nel capitale delle imprese. Mediobanca ha ricoperto un ruolo fondamentale nel nostro Paese, infatti ha svolto operazioni di riorganizzazione aziendale del sistema economico italiano, grazie al pacchetto di azioni detenute nei principali gruppi industriali (es. Fiat). Dalle fine degli anni '80 il suo assetto proprietario è costituito, oltre che dalle banche fondatrici, da importanti gruppi di imprese privati.

Le trasformazioni degli anni Novanta del Novecento

Il sistema bancario è cambiato notevolmente nei primi anni '90 del 900.
Il mutamento è iniziato con la ristrutturazione degli enti pubblici creditizi, che ha portato le banche ad adottare la forma della spa, lasciando titolare del pacchetto di controllo un soggetto denominato dalla legge "ente pubblico conferente" (c.d. **fondazione bancaria**).
La fondazione avrebbe dovuto detenere la partecipazione bancaria ai meri fini di reddito e destinare i dividendi attribuiti banca per il perseguimento di fini pubblici; in alcuni casi, la fondazione è rimasto l'unico socio, attraverso una procedura di costituzionale per atto unilaterale della spa.

Tuttavia tale la riforma del 1990 non ha comportato l'immediata privatizzazione, ma ha rappresentato per le banche il passaggio dal diritto pubblico al diritto comune, confermando la collocazione dell'attività bancaria nel campo del diritto dell'impresa.

Alla fine del 1992, con l'avvio del **mercato unico europeo**, è stata abbandonata la regola di specializzazione temporale e le banche commerciali anche cominciato ad esercitare il credito a medio e a lungo termine. La direttiva comunitaria, infatti, ha sancito la natura di banca universale.

Nonostante questo, il **sistema bancario italiano** è rimasto per lunghi anni un sistema specializzato.

La banca universale in forma di spa è diventato il modello di riferimento in Italia.

Alla metà degli anni 90 è iniziata la privatizzazione del nostro sistema creditizio, che ha condotto alla cessione del controllo di grandi banche. Tale operazione di privatizzazione è stata realizzata attraverso offerte al pubblico, al fine di massimizzare gli incassi allo Stato ed incentivare così le public companies, cioè le società con capitale frazionato fra un pubblico dei piccoli risparmiatori. Tale obiettivo, però, non è stato raggiunto.

Per le fondazioni bancarie, invece, è stato previsto l'obbligo di cedere, entro un determinato tempo, le partecipazioni di controllo in banche.

Oggi, il sistema bancario italiano è in prevalenza **privato**.

Insieme alla privatizzazione si è cercato di consolidare il sistema bancario per renderlo più forte in ambito internazionale: si è arrivati alla nascita di due grandi gruppi, **Unicredit** e **Banca Intesa**, che rappresentano oggi la parte più significativa del mercato bancario italiano.

Capitolo III

L’attività delle banche

I regolamenti della banca d’Italia, assieme alla Costituzione, al testo unico bancario, al codice civile, alle fonti comunitarie, vanno a disciplinare l’attività bancaria.

La nostra Costituzione prevede:

- Art 47 tutela del risparmio
- Art 41 per quanto riguarda la libertà d’iniziativa economica privata
-

L’art 10 tub definisce cosa è l’attività bancaria.

La raccolta di risparmio e l’esercizio del credito possono essere esercitate solo dalle banche. Sussiste, infatti, un regime di specialità e di riserva.

La banca, oltre questo, svolge attività strumentali e connesse, cioè tutte le attività imprenditoriali (es. gestione di un bar all’interno della banca).

La banca non è un imprenditore, quindi non ha un proprio patrimonio perciò deve acquisire fondi. Ecco perché si dice che:

- la raccolta del risparmio rientra nel passivo della banca, perché la banca deve necessariamente remunerare gli interessi al cliente.
- la raccolta del risparmio, poi, é strumentale all’erogazione del credito, che rientra nell’attivo della banca, attraverso la quale quest’ultima ricava interessi, quindi un utile.

Questo vuol dire che solo grazie alla raccolta del risparmio é possibile erogare credito, infatti le due attività devono essere esercitate congiuntamente.

La banca ha un proprio capitale, indispensabile per poter avviare l’attività, ma che non utilizza per erogare crediti.

Il guadagno della banca sta nella differenza tra gli interessi attivi e in quelli passivi.

Esistono anche altri soggetti che erogano credito, ma in questo caso avviene tramite fondi propri e non tramite la raccolta del risparmio fra il pubblico (che, come abbiamo detto, è riservata alle banche).

L’art 11 tub definisce come avviene la raccolta del risparmio.

La raccolta di risparmio é l’acquisizione di fondi con l’obbligo di rimborso, sia sotto forma di deposito che sotto altra forma (contratti bancari ex codice civile).

Tale fattispecie richiama quella dei contratti di credito, ma con alcune differenze, cioè: il termine e la restituzione di un ammontare di capitale uguale a quello ricevuto cioè la restituzione al valore nominale.

Il 2 comma introduce un divieto derogabile: il comitato interministeriale può autorizzare determinati soggetti a raccogliere il risparmio fra il pubblico.

L'unico comma che é inderogabile, invece, é il 5: fa riferimento all'attività di deposito che può essere esercitata solo dalle banche. L'attività di deposito consiste nella:

- raccolta di fondi a vista: obbligo in qualsiasi momento di restituire le somme di denaro che sono state depositate;
- possibilità di utilizzare mezzi di pagamento a spendibilità generalizzata (es. possibilità di utilizzare carte di credito).
  Alla spendibilità generalizzata si contrappone la spendibilità limitata: è possibile la raccolta di risparmio presso soggetti diversi dalla banca, che prevedono mezzi di pagamento per poter utilizzare quel risparmio depositato, ma soltanto nei confronti di determinati soggetti.

La contrattazione bancaria

É una tipica ipotesi di contrattazione standardizzata, cioè il contenuto è predisposto unilateralmente da un soggetto.

Quindi vi é un contatto uguale per tutti, infatti le clausole sono prestabilite unilateralmente e manca il momento delle trattative: il cliente può solo accettare le condizioni che sono presenti (vi si ricorre per motivi di celerità).

Si parla di asimmetria contrattuale: non c'è una parità fra banca (soggetto forte) e cliente (soggetto debole).

Il t.u.b. individua delle forme per compensare tale squilibrio. Vi sono alcune regole che si ispirano al principio di TRASPARENZA bancaria e che quindi impongono degli obblighi informativi. A questo si aggiungono i classici principi indicati dal codice civile, come la correttezza e la buona fede.

A questo si aggiunge il codice del consumo, in particolare l'**art 33** disciplina le clausole vessatorie, il cui obiettivo è quello di ristabilire l'equilibrio fra le parti. Distinguiamo:

- Lista grigia: c sono clausole che si presumono vessatorie. Possono tuttavia essere considerate valide se soggette ad un'apposita trattativa e sottoscritte dal cliente: doppia sottoscrizione, contratto e clausole in questione.
- Lista nera: sono clausole vessatorie a prescindere da apposita trattativa fra le parti. Sono sempre clausole NULLE, nulle solo le clausole non l'intero contratto (nullità parziale).

Nel testo unico bancario, invece, abbiamo strumenti di pubblicità che favoriscono al cliente l'attività di scelta dell'impresa bancaria.

Le banche operano in regime di concorrenza, e questo è garantito innanzitutto dalla libertà di scelta. Infatti, la pubblicità avviene a partire dal momento in cui il cliente decide di recarsi in un ufficio della banca. Già prima che il soggetto decide di stipulare il contratto può già venire a

conoscenza dei tassi di interessi applicati, i prezzi di commissione, le condizioni ecc, che vengono esposti nell'ufficio stesso.

In questo modo già si permette al cliente di avere una conoscenza delle condizioni bancarie.

Nel momento del contatto col dipendente bancario, l'altra forma di pubblicità è rappresentata dal rilascio del documento informativo, che non è il contratto definitivo, ma espone le condizioni applicate dalla banca.

Solo dal momento in cui il cliente decide di stipulare il contratto inizia la vera e propria contrattazione e verrà consegnata a lui la copia del contratto.

Devono essere rispettati gli obblighi informativi durante tutto il rapporto contrattuale.

Il rapporto contrattuale può essere influenzato da fattori esterni. Per questo motivo sono necessari degli adeguamenti, soprattutto nei contratti di durata (c. a tempo indeterminato: contocorrente; c. a tempo determinato: mutuo).

Quindi nei contratti a tempo indeterminato nasce spesso l'esigenza di dover modificare il contenuto contrattuale, e questo spetta solo alla banca (modifica unilaterale). Si parla di ius variandi, cioè il diritto di variare il contenuto contrattuale: è un diritto potestativo che permette di modificare le condizioni economiche e normative anche in senso sfavorevole al cliente, il quale si trova in una situazione di soggezione (cioè non può opporsi).

Si é voluto ricorrere allo ius variandi perché si è voluto evitare che le banche, nel caso in cui ci fossero delle modifiche, e quindi un'eccessiva onerosità per il cliente, ricorrano alla risoluzione del contratto (si deroga al 1372 c.c.).

Questa deroga esiste già nel codice civile perché molto spesso, ad es nel contratto di appalto, esiste un meccanismo di modifica unilaterale; in questo caso, però, la differenza é che in queste ipotesi questo potere viene riconosciuto alla parte debole.

Nella prassi bancaria, invece, viene riconosciuto al contraente forte, cioè alle banche.

Nel sistema bancario è vero che si vuole tutelare il contraente debole, ma allo stesso tempo anche la banca che deve essere tutelata ai fini della stabilità economica (si tratta di interessi pubblicistici).

Tuttavia, dato che vi é una confluenza di interessi pubblici e interessi individuali, lo ius variandi può operare solo se viene sottoscritta dal cliente. Quindi, é una clausola inserita nella lista grigia.

Art 33 comma 3: il codice del consumo stabilisce anche le condizioni affinché lo ius variandi sia valido.

É valido:

- solo se c'è una clausola che prevede lo ius variandi.
- solo in presenza di giustificato motivo;
- solo se il cliente è stato informato con congruo preavviso.

La modifica del contratto è unilaterale, ma se il cliente non accetta tale modifica può recedere dal contratto. Se entro 60 giorni però il cliente nulla dice, allora si considera accettata la modifica.

Art 118 tub: per i contratti a tempo determinato (es. mutuo), lo ius variandi può essere esercitato solo per le clausole che non hanno ad oggetto i tassi di interesse. Se questi si vanno a modificare il cliente potrebbe trovarsi nella situazione di non poter restituire più il capitale e gli interessi, quindi il cliente è costretto a recedere dal contratto ed é obbligato a restituire la somma datagli con il mutuo.

Per evitare questo empasse, il legislatore ha previsto tale limite.

Nei contratti a tempo indeterminato, invece, sempre in presenza di un giustificato motivo e dell'obbligo di preavviso, la banca può apportare modifiche di tutte le condizioni normative ed economiche.

Il giustificato motivo può derivare da fattori esterni (situazione economica del sistema italiano, modifiche imposte dalla banca d'Italia, ecc); al contrario, non si deve trattare di fattori interni (scelte dettate dalla politica gestionale della banca stessa).

Fra i principi vi é la forma, la forma ad substantiam, necessaria per la validità del contratto.

Per di più il tub, oltre ad imporre la forma scritta del contratto (**art 117 tub**), prevede che anche determinate condizioni contrattuali devono essere scritte nel contratto (come i tassi di interesse).

I **contratti bancari** sono disciplinati dal codice civile, infatti il primo riferimento é il **1834**.

Il deposito bancario

Il codice civile disciplina sia il **deposito bancario** che il **deposito di titoli amministrativi**, i quali hanno una regolamentazione giuridica diversa.

Il **deposito bancario** ha ad oggetto denaro (deposito pecuniario), rappresenta il principale strumento di raccolta del risparmio ed é un'operazione passiva.

Nella maggior parte dei casi, il deposito è collegato al controcorrente bancario, un contratto in base al quale banca e cliente decidono di regolare i loro rapporti attraverso annotazioni in un conto, invece che attraverso pagamenti in moneta legale. Il correntista può sempre disporre delle somme risultanti a suo credito.

In questo caso, il cliente può prelevare le somme depositate in qualsiasi momento utilizzando strumenti diversi dalla moneta legale, come l'assegno, il bancomat, la carta di credito, facendo relative annotazioni nel conto.

Anche se è disciplinato, in parte, da norme del codice civile (artt. 1834 ss.), si differenzia sia dal mutuo, che dal deposito civilistico.

Confronto con il **mutuo**: nel mutuo è essenziale il termine, mentre nel deposito bancario può essere previsto che la somma debba essere restituita a richiesta del depositante.

Confronto con il **1766**, che disciplina il **deposito civilistico**: contratto con il quale una parte riceve dall'altra un bene mobile, con l'obbligo di custodirlo e restituirlo nel tempo stabilito. Derivano quindi delle obbligazioni di ***restituzione*** e ***custodia***.

È un contratto oneroso e il depositante dovrà pagare un corrispettivo.

Nel deposito bancario, invece, la banca applica gli interessi, quindi é il depositario (banca) a pagare il corrispettivo (interessi). Per questo la causa del contratto è una causa creditizia.

Entrambi hanno natura reale, cioè si perfezionano con la consegna della cosa.

Nel **deposito civilisitico**, il depositario non acquisisce la proprietà delle somme di denaro, ma rimane un mero detentore delle somme o dei beni dati a lui in custodia, quindi non potrà utilizzare o disporre ciò che gli é stato dato in custodia.

Nel **deposito bancario**, invece, non solo vi é la consegna ma anche il trasferimento della titolarità delle somme di denaro, quindi la banca ne diventa proprietaria, con la possibilità di disporne e quindi di erogare credito.

Il deposito bancario, perciò, viene definito **deposito irregolare** e che troverebbe la sua disciplina nel 1782, proprio perché vi é il trasferimento della proprietà delle somme di denaro, quindi della titolarità.

Diverse tipologie di deposito bancari: deposito ordinario, deposito in contocorrente e deposito in risparmio.

- I **depositi ordinari** non possono essere alimentati con successivi versamenti e non prevedono la possibilità di effettuare prelievi parziali durante il rapporto, essendo rimborsabili solo in unica soluzione.
- Il **deposito in contocorrente** permette maggiori movimenti perché consente di effettuare continui versamenti e continui prelievi (carte di credito, assegni).
- I **depositi a risparmio** si caratterizzano per il fatto di essere documentati da un apposito libretto rilasciato al momento del primo versamento. Tutte le operazioni, quindi, verranno annotate su tale libretto.

Dal punto di vista temporale distinguiamo:

- **Depositi liberi**: il depositante può effettuare in ogni momento dei prelievi parziali oltre che estinguere il deposito e ottenere in qualsiasi momento il rimborso del capitale e degli interessi.
  Però il depositante non può pretendere il pagamento di una somma superiore rispetto al disponibile giornaliero (limite quantitativo e non temporale). Questo perché se tutti i depositanti chiedessero la restituzione di tutte le somme nello stesso giorno, la banca avrebbe problemi di

liquidità.

Inoltre non tutti i soldi del deposito vengono poi utilizzati per prestare investimenti, ma la banca li conserva nella riserva che non può essere toccata: questo sempre per motivi di liquidità, per far fronte alle richieste di prelevamento che vengono effettuate giornalmente dai clienti.

- **Depositi vincolati a scadenza determinata**: non si possono effettuare prelevamenti prima della scadenza di un vincolo, anche se la banca si riserva la possibilità di effettuare rimborsi in via anticipata, anche se questo comporterebbe la non maturazione degli interessi.
- **Deposito vincolati a scadenza indeterminata con preavviso**: ciascun prelievo deve essere preceduto da un preavviso.

Altra distinzione è:

- **Deposito a vista**: in qualsiasi momento il cliente può chiedere il rimborso ed estinguere il rapporto contrattuale.
- **Deposito a scadenza**: il rimborso non può essere richiesto se non prima che sia scaduto un termine.

Deposito di titoli in amministrazione

La banca deve custodire i titoli ricevuti e amministrarli (art 1838 cc).

In questo caso, il contratto ha ad oggetto titoli di massa, non denaro, e la differenza rispetto al deposito bancario é che c'è un obbligo di custodia, ma soprattutto un obbligo di amministrazione, cioè di gestione dei titoli.

La banca, quindi, svolge un attività di gestione che, a volte, può esser compiuta disgiuntamente, cioè soltanto dalla banca (es. riscuotere gli interessi); altre volte, congiuntamente, cioè con la cooperazione del cliente (es. esercizio del diritto di opzione).

Tale contratto ha natura reale (si perfeziona con la consegna dei titoli) ma, con il deposito bancario la banca può esercitare la raccolta di risparmio; in questo caso, invece, la banca non svolge questa attività tipica, ma solo attività di gestione (il cliente le conferisce un mandato a gestire in cambio di un corrispettivo).

Per quest'ultimo motivo, tale attività non rientra fra quelle tipiche della banca, ma é un'attività strumentale e connessa (cui fa riferimento l'art 10 tub).

I pronti contro termine

Oltre il deposito, altro strumento per raccogliere risparmio fra il pubblico, sono i pronti contro termine, che vengono qualificate come operazioni di liquidità in cui, a differenza del tipico contratto creditizio non si aumenta il proprio potere d'acquisto, ma si trasforma temporaneamente un attivo, già presente nel proprio patrimonio, in moneta.

Dato caratterizzante è la corresponsione di un tasso d'interesse.

Più precisamente, viene stipulato un contratto con il quale il cliente acquista un certo numero di titoli dalla banca e quest'ultima s'impegna a riacquistarli successivamente ad un prezzo più alto della vendita iniziale.

Il rendimento che ottiene il cliente equivale alla differenza fra il prezzo di acquisto e quello di rivendita.

Il prezzo di riacquisto da parte della banca è predeterminato, quindi per il cliente non c'è rischio ed ha una certezza riguardo il suo guadagno futuro; l'unico rischio è l'eventuale dissesto della banca.

I soggetti che stipulano tale contratto sono:

- il risparmiatore, perché rappresenta comunque un investimento a breve termine (non può superare i 12 mesi) e a tasso fisso.
  Per il risparmiatore è necessario essere titolare di un contratto di conto corrente bancario e deve aprire un stipulare un contratto di deposito titoli.
- l'imprenditore, che ha l'obiettivo di andare a smobilizzare il proprio portafoglio di titoli per ottenere dei finanziamenti.
- gli intermediari finanziari, che hanno l'obiettivo di controllare la liquidità delle banche e andare ad incrementare la raccolta del risparmio da parte della banca quando vi sono problemi di liquidità.
- la BCE, per andare a controllare la base monetaria e indirizzare i tassi d'interesse.

Sicuramente, tale strumento comporta una scarsa redditività per la banca, infatti ci sono dei vantaggi:

1. per il risparmiatore è sufficiente avere un conto corrente e stipulare un contratto di deposito titoli; la banca non addebita alcun costo;
2. il guadagno è predeterminato;
3. è un investimento a breve termine.

Per tali motivi, quando il correntista decide di andare a svincolare le somme di denaro anticipatamente, dovrà pagare una penale e non gli verrano riconosciuti gli interessi maturati.

I titoli rappresentativi di depositi

La prassi ne individua 2: i buoni fruttiferi e i certificati di deposito. Entrambi devono avere durata non superiore a 5 anni; sono strumenti finanziari emessi sulla base di un rapporto individuale a breve termine.

Le obbligazioni bancarie

Altro strumento di raccolta di risparmio fra il pubblico sono le **obbligazioni bancarie**, che sono titoli dia mass rappresentativi di un debito assimilati alla categoria dei titoli di credito.

Le regole di vigilanza stabiliscono limiti di durata minima, collocando le obbligazioni fra gli strumenti di raccolta a medio e a lungo termine.

In generale, le obbligazioni sono dei titoli di credito che vengono vantati dal portatore; quindi, da parte della banca rappresentano un prestito che il correntista effettua

Queste obbligazioni sono obbligazioni civilistiche, quindi si applica la disciplina del diritto societario seppur con alcune deroghe:

- 1° deroga: non si applica il limite quantitativo previsto per le emissioni delle obbligazioni, infatti, anche se vengono considerati dei titoli a medio o lungo termine, le obbligazioni bancarie non sono soggette a questo limite perché esistono una serie di tutele a favore degli obbligazionisti, che prescindono dalla situazione bancaria.
- 2° deroga: riguarda la non necessità di istituire un'organizzazione di obbligazionisti. Non è necessari che tutti i creditori si uniscano per rapportarsi con la banca (come avviene nelle società), esche nel sistema bancario esistono già degli strumenti di tutela di interessi pubblicistici che, indirettamente, vanno a tutelare anche i creditori (disciplina di vigilanza bancaria).

Inoltre, a differenza dei depositanti, gli obbligazionisti non sono coperti dal Fondo interbancario di tutela dei depositi che in caso di crisi della banca rimborsa ai depositanti un certo ammontare. Proprio per questa mancanza, le regole bancarie prevedono vincoli particolari (come quelli che stabiliscono un taglio unitario minimo) per evitare che le obbligazioni possano essere collocate fra piccoli risparmiatori, se la banca emittente non è solida dal punto di vista patrimoniale.

Gli strumenti ibridi e le passività subordinate

Nella raccolta del risparmio rientrano anche gli **strumenti ibridi** e le **passività subordinate**, cioè sono strumenti finanziari innovativi che non hanno né tutte le caratteristiche delle obbligazioni, né sono equiparabili alle azioni.

A differenza dell'emissione di obbligazioni (rendimento fisso e restituzione a scadenza del capitale al valore nominale), i prestiti subordinati possono prevedere delle limitazioni nel rendimento e nella restituzione perché sono in funzione dell'andamento della banca.

Inoltre, sono titoli che non rappresentano raccolta del risparmio in senso stretto perché sono utilizzati dalle banche soprattutto per rafforzare il loro patrimonio.

In genere, poi, questi strumenti finanziari non sono collocati fra la clientela al dettaglio, cioè presso il pubblico dei piccoli risparmiatori.

L'erogazione del credito

A differenza della raccolta di risparmio, l'attività di **erogazione del credito** non é soggetta a disciplina da parte dell'ordinamento bancario, nonostante tale attività sia molto più delicata e complessa per la banca, perché nella erogazione del credito la banca fa una valutazione circa il merito creditizio poiché dovrà sopportare un rischio di inadempimento.

Sono stati introdotti, quindi, strumenti che cercano di agevolare questa attività, come il sistema della centrale rischi: é una lista dove vengono inseriti i soggetti considerati cattivi debitori, cioè soggetti che non sono solvibili.

Questo facilita la valutazione del merito creditizio da parte della banca.

Si parla, nel complesso, di operazione creditizia, cioè un'operazione con la quale la banca concede ad un terzo la disponibilità di una somma di denaro per un tempo prestabilito; il terzo, a sua volta, s'impegna a restituire la somma di denaro a scadenza.

Si parla di CONCEDERE ad un terzo… perché non tutti gli strumenti bancari permettono di trasferire la titolarità, perciò l'utilizzo di questo termine indica la semplice messa a disposizione.

Il fattore determinante é dato dal tempo: concedere al debitore un tempo per poter adempiere alla propria obbligazione di restituzione del denaro e degli interessi. Gli interessi possono essere considerati come il prezzo del tempo (come corrispettivo per aver messo a disposizione una determinata somma di denaro per un periodo di tempo).

I contratti del codice civile

I. Mutuo: è un contratto stipulato per concedere un prestito.

Ricalca la disciplina del codice civile, perché anche il mutuo bancario é il contratto con il quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di denaro o di cose fungibili e l'altra parte s'impegna a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità.

È un contratto di credito che si caratterizza per il trasferimento della proprietà delle cose al mutuatario. Quindi un negozio traslativo e restitutorio.

È un contratto oneroso perché il mutuatario deve corrispondere gli interessi, salvo diversa volontà delle parti.

Precedentemente il contratto di mutuo era gratuito e poteva essere oneroso solo se le parti si impegnavano a pagare un corrispettivo; oggi, invece, é il contrario perché solo se le parti lo decidono può essere gratuito (in tal caso non sono previsti interessi).

L'unica differenza rispetto al mutuo civilistico é il perfezionamento del contratto:

- **Mutuo civilistico**: si perfeziona con la consegna della res.
- **Mutuo bancario**: si perfeziona con il consenso delle parti (negozio consensuale e non reale).

Dato che nel contratto di mutuo vi é la corresponsione degli interessi, questi devono essere predeterminati nel contratto.

Vengono predeterminati grazie al fatto che, non solo il contratto bancario deve essere scritto, ma alcune clausole, come proprio i tassi di interesse, al fine di tutelare il contraente debole.

In assenza di pattuizione relativa agli interessi e dal momento in cui dal contratto si evince che la volontà delle parti era quella di dar vita ad un contratto oneroso, si applicano i tassi di interessi legali, cioè quelli che vengono annualmente stabiliti dalla Banca d'Italia.

Le parti, però, possono decidere di utilizzare un tasso di interesse ultralegale (maggiore di quello legale), ma deve essere scritto a pena di nullità. Infatti, in assenza di pattuizione, si applica la disciplina del 2034: si considera adempimento di una obbligazione naturale, cioè non si può chiedere la restituzione di quanto adempiuto (adempimento di un dovere sociale).

Le parti possono anche decidere di corrispondere interessi ultralegali, ma non c'è una completa libertà di scelta perché, ogni 3 mesi, il ministero dell'economia individua il limite del tasso usurario, che non può esser superato.

La disciplina dell'usura ha subito una modifica negli anni 90 quando é stata approvata la legge antiusura.

Se vengono applicati interessi usurari, vi é la conversione del contratto di mutuo da titolo oneroso a titolo gratuito (1815).

Quindi, non si annulla l'intero contratto, ma solo la singola clausola.

Inizialmente non vi era questa conversione, ma vi era un automatico adeguamento degli interessi al saggio degli interessi legali: il mutuatario doveva restituire la sorta capitale più gli interessi calcolati al saggio degli interessi legali.

Oggi, invece, é stata prevista una sanzione più grave, cioè la conversione del contratto.

Questa disciplina é stata estesa a tutte le forme di finanziamento.

Gli interessi usurari vengono calcolati al momento della conclusione del contratto, tuttavia questa legge é stata criticata perché i tassi di interessi usurari possono divenir tali successivamente, cioè nel corso del rapporto contrattuale.

Perciò, oggi, gli interessi usurari non vengono calcolati solo al momento della conclusione del contratto, ma anche sulla base di addebiti successivi; la somma di queste forme di addebito possono far sì che il tasso di interesse usurario venga superato.

II. <u>Apertura del credito</u>: è un altro strumento che permette alla banca di erogare credito.

È, quindi, un'operazione attiva con la quale la banca si obbliga a mettere a disposizione del cliente una somma di denaro, per un periodo determinato oppure indeterminato.

La disciplina è presente all'art 1842 del c.c., il cliente può utilizzare la somma di denaro con numerosi prelievi fino alla concorrenza dell'importo che viene concesso.

Al cliente non viene trasferita la titolarità della somma di denaro: la banca mette a disposizione. La proprietà delle somme di denaro resta alla banca fino a quando non vengono effettuati i prelievi.

Quindi, mentre nel mutuo vi è il trasferimento immediato della proprietà delle somme di denaro, con l'apertura di credito vi è una mera messa a disposizione e il trasferimento avviene ogni qual volta che vi sono prelievi.

Soltanto dal momento in cui vengono prelevate le somme di denaro maturano gli interessi: nel mutuo abbiamo il trasferimento della proprietà e dal momento della stipulazione del contratto

(contratto consensuale) maturano gli interessi passivi; invece nell'apertura di credito gli interessi passivi vengono calcolati di volta in volta, cioè ad ogni prelievo.

L'apertura di credito viene anche definito fido.

Dato che si tratta di una mera messa a disposizione, per il cliente non vi è nessun obbligo di restituzione né di pagamento degli interessi. Questo perché potrebbe accadere ad es. che la somma sia messa a disposizione del cliente per 5 anni, ma durante questo periodo il cliente non utilizzi tale somma, e quindi il rapporto si estingue senza che il cliente debba pagare niente.

Nell'apertura di credito manca la traditio: non si perfeziona con la consegna della cosa, ma con il prelievo e quindi si ritiene un contratto consensuale.

L'apertura del credito si divide in:

- **Semplice**: il cliente ha la possibilità di utilizzare il credito in un unico prelievo: in una sola volta viene prelevata tutta la somma messa a disposizione.
- **Conto corrente**: il cliente può effettuare più prelievi.

Essendo un contratto bancario deve essere redatto per iscritto, tranne nel caso in cui tra la banca ed il cliente vi sia già un rapporto di conto corrente, perché nel rapporto di conto corrente vi è a possibilità che la banca conceda un FIDO. In questo caso la forma scritta la ricaviamo dal rapporto di conto corrente (forma per relationem).

Esistono due tipi di tipologie di contratti di apertura di credito:

- **Scoperta**: Quando l'apertura di credito non è assistita da garanzia.
- **Garantita**: Quando invece c'è la garanzia, e può essere personale o reale.
  Anche se il cliente non si trova in una situazione di debito, la garanzia non viene meno, ma è legata alla vita dell'apertura di credito.
  Si tratta di un'eccezione alla regola generale: quest'ultima infatti stabilisce che le garanzie, essendo rapporti accessori, dipendono da un rapporto principale (situazione di debito). In questo caso invece, anche se il soggetto non si trova in una situazione di debito, perché ad es. non ha prelevato nulla, la garanzia non viene meno.

Se l'apertura di credito è a tempo indeterminato ciascuna delle parti può recedere dal contratto mediante preavviso. Qualora l'accreditato sia un consumatore, la banca può recedere dal contratto anche senza preavviso, ma soltanto nel caso in cui vi sia un giustificato motivo e ne venga data immediata comunicazione al cliente.

Questa particolare ipotesi di recesso della banca rientra tra quelle clausole che devono essere approvate per iscritto (fa parte delle clausole della lista grigia).

Il contratto dell'apertura di credito permette al cliente anche di fare delle integrazioni e quindi annullare gli interessi. Se c'è l'immediata restituzione della somma non vengono applicati gli interessi e quindi verrà restituita solo la sorta capitale prestata.

Tale contratto si è molto diffuso per il finanziamento alle imprese, dato che permette alla banca di gestire il rapporto creditizio in maniera più flessibile rispetto al mutuo, in considerazione delle vicende dell'impresa da finanziare. Infatti, se le condizioni di quest'ultima peggiorano, la banca può rifiutarsi di far utilizzare al cliente la somma messa a disposizione.

III. Sconto: costituisce un'altra tipologia di prestito.

Con tale contratto il cliente cede alla banca un credito non ancora scaduto: si fa anticipare l'importo previa riduzione dell'interesse (rapporto di scarto).

A differenza dell'anticipazione bancaria, il credito non è dato in pegno, ma è venduto.

La banca quindi lucra sulla differenza tra l'importo nominale del credito e quanto anticipato (prezzo della vendita).

IV. Anticipazione bancaria: è una sottospecie dell'apertura di credito. È un contratto con il quale si fa un finanziamento relativo all'acquisto di merci o titoli.

Il cliente, titolare di merci e titoli, decide di dare in pegno tali beni per ottenere in anticipo il loro valore dalla banca.

Il **pegno** è l'elemento costitutivo dell'anticipazione bancaria, senza il primo quindi non si può formare il secondo.

La concessione del credito che viene riconosciuta al cliente è commisurata al valore delle merci e dei titoli, si parla di rapporto di scarto.

Se il valore della garanzia diminuisce nel corso del rapporto contrattuale di almeno di 1/10 del valore iniziale, la banca chiederà un supplemento della garanzia. In assenza dell'integrazione, la banca procederà alla vendita dei titoli e dei merci, e di conseguenza avrà diritto al rimborso immediato sul residuo non soddisfatto come ricavato dalla vendita.

Esistono 2 tipi di pegno che possono costituirsi all'interno dell'anticipazione bancaria:

- **Regolare**: la banca, ottenuti in pegno determinati titoli e merci, rilascia un documento nel quale vengono indicati i beni.
  Il pegno legittimerà la banca ad un diritto di prelazione in caso di inadempimento: se il cliente non restituisce le somme che sono state anticipate, la banca può ricorrere alla procedura esecutiva e quindi soddisfarsi in maniera anticipata rispetto agli altri creditori.
  Dato che si tratta di un pegno regolare, si costituisce la classica figura della garanzia mobiliare reale, quindi la banca non può disporre delle cose date in pegno, e vanno quindi restituiti al cliente nel momento in cui questo adempie alla propria prestazione. Vengono restituite le stesse cose che sono state date in pegno.
- **Irregolare**: quando alla banca viene conferita la possibilità di disporre dei beni che sono oggetto di garanzia (beni pignorati). La banca quindi ne acquista la titolarità.
  Tale pegno trova il suo fondamento normativo nell'anticipazione bancaria.

Di norma la caratteristica del pegno è lo spossessamento: i beni vengono sottratti da debitore in modo che non ne possa disporre, infatti in caso di inadempimento il creditore può soddisfarsi sul ricavato degli stessi.

I diritti reali si caratterizzano per l'immediatezza: l'interesse del creditore è soddisfatta senza la cooperazione di altro soggetto, diversamente dai diritti di credito che si caratterizzano per la mediatezza.

Non è così però per le garanzie reali: il titolare di un diritto di garanzia da pegno non può disporre del bene, quindi per potersi soddisfare sul valore dello stesso, necessità di un'attività ulteriore: autorità giudiziaria. Quindi il creditore deve andare in giudizio per esperire l'esecuzione forzata, l'autorità giudiziaria provvederà alla vendita del bene, e se il bene viene venduto il creditore potrà soddisfarsi sul ricavato della vendita.

Non c'è l'immediatezza che caratterizza i diritti reali, ma vi è la mediatezza perché è necessaria l'attività di un soggetto terzo.

Dunque:

- Nel pegno regolare →si deve ricorrere all'autorità giudiziaria;
- Nel pegno irregolare→ invece la banca non deve ricorrere all'autorità giudiziaria perché abbiamo il trasferimento di titolarità delle somme di denaro. La banca può quindi disporre delle somme e, in caso di inadempimento del debitore, deve solo trattenere la somma. La soddisfazione dell'interesse è immediato.
  Solo quando vi sarà l'adempimento del debitore la banca dovrà restituire la somma equivalente. Il pegno irregolare può avvenire soltanto con beni fungibili e quindi sostituibili (es. denaro).

Viene meno quindi nell'anticipazione bancaria la caratteristica tipica del pegno che è data dallo spossessamento.

Nel 2016 è stata prevista una disciplina specifica per riconoscere il pegno non spossessorio: pegno che perde la sua caratteristica principale e non vi è lo spossessamento del bene. In questo caso quindi il bene non viene sottratto al debitore.

Questo permette agli imprenditori, quando chiedono un finanziamento agli istituti di credito, di non vincolare alcuni beni presenti nell'impresa e di continuare ad usarli.

Altra novità del 2016 è il **pegno non possessorio**: non solo non abbiamo lo spossessamento, ma in caso di inadempimento del debitore la banca può appropriarsi, o vendere o cedere in locazione il bene.

In questa figura riscontriamo l'immediatezza.

L' art 48 t.u.b: disciplina il patto marciano. Non vi può essere una vera e propria appropriazione del bene, altrimenti si andrebbe a violare il divieto del patto commissorio. Questo divieto evita che venga attribuito un bene ad un creditore, senza che gli altri possano soddisfarsi.

La giurisprudenza applicava quindi il patto marciano: il creditore può anche soddisfarsi trattenendo il bene dato in pegno, ma dovrà restituire l'eccedenza del valore, in modo che anche altri creditori possano soddisfarsi.

Il patto marciano era in passato riconosciuto solo dalla giurisprudenza e solo adesso è stato riconosciuto dalla legge nel t.u.b.

L'anticipazione bancaria è stato quindi il primo contratto che ha permesso agli istituti di credito di tutelarsi maggiormente rispetto alle altre forme di finanziamento perché prevede il trasferimento di proprietà dei beni, qualora il pegno abbia ad oggetto beni fungibili.

Le forme contrattuali che non svolgono né funzione di raccolta di risparmio, né funzione di erogazione del credito

Esistono altre forme contrattuali che non svolgono né una funzione di raccolta del risparmio, né di erogazione del credito, perché non sono legate quindi all'attività tipica della banca. Tra queste troviamo:

Conto corrente (1852 ss. cod. civ.): rappresenta una clausola che viene apposta alle diverse operazioni bancarie e permette di andare a regolare i rapporti di attivo e passivo fra banca e cliente.

Secondo alcuni, non può avere una qualificazione giuridica autonoma allorquando mancano delle operazioni bancarie; questo vuol dire che se manca il rapporto fra banca e cliente viene meno anche il contocorrente.

Il conto corrente, infatti, viene associato a contratti che rappresentano o operazioni passive o operazioni attive; non svolge né funzione di erogazione del credito né funzione di raccolta del risparmio.

Affinità con contratto di **conto corrente ordinario**: le parti (imprenditori che hanno rapporti di durata) s'impegnano a registrare sul conto i reciproci crediti.

Tali crediti sono inesigibili e indisponibili fino alla chiusura di ciascun periodo che viene individuato nel contratto di conto corrente ordinario. Finito tale periodo, il saldo diventa esigibile.

Questi crediti sono inesigibili fini alla chiusura del periodo di riferimento, quindi la compensazione non può operare immediatamente.

Nel conto corrente bancario invece i crediti sono immediatamente esigibili.

Ne consegue un'altra importante differenza tra i due contratti, l'istituto della compensazione: estinzione dell'obbligazione contrattuale diversa dall'adempimento. Presuppone l'esistenza di debiti e crediti tra le parti reciproci. Per poter operare è necessario che i debiti siano fungibili, liquidi, omogenei ed esigibili.

Quindi mentre nel conto corrente ordinario la compensazione non può operare subito, ma può operare solo quando si chiude il periodo di riferimento e quindi le somme diventano esigibili. Invece nel contratto di conto corrente bancario la compensazione è immediata.

Conto corrente di corrispondenza: la banca, dietro il corrispettivo, esegue gli incarichi che vengono ricevuti dal correntista, come gli incassi, i pagamenti, l'acquisto di titoli.

Si insatura un rapporto di mandato, perché la banca dà esecuzione agli ordini del cliente.

Le altre attività finanziarie che le banche possono esercitare nel nostro ordinamento

Le banche, oltre all'attività tradizionale, possono esercitare anche altre attività finanziarie non destinate dalla legge ad altri intermediari (come i fondi comuni d'investimento).

Questa concezione si sviluppa a partire dal 1993, con la creazione di un mercato unico bancario, e la necessità di avere una banca universale.

L'attività finanziaria e quella che si contrappone a quella reale: infatti, a differenza di quella reale, nell'attività finanziaria sia la prestazione che la controprestazione è data dal denaro.

Oggi, per attività finanziaria si fa riferimento all'elenco di attività ammesse al mutuo riconoscimento, introdotte dal tub in attuazione di una direttiva comunitaria.

Le attività che le banche possono svolgere nei Paesi dell'Unione sono quelle autorizzate dall'autorità di vigilanza del Paese d'origine.

Quindi, oltre la raccolta di risparmio e l'erogazione del credito, fra le attività finanziarie esercitate dalla banche vi rientrano anche: la consulenza in materia finanziaria, la gestione del risparmio individuale (della gestione del risparmio collettivo se ne occupa la Sgr).

Fra le attività finanziarie vi é il **leasing finanziario**.

Una parte (il concedente) si obbliga ad acquistare su indicazione dell'altra parte (l'utilizzatore) un determinato bene. Il concedente si obbliga a mettere a disposizione dell'utilizzatore il bene acquistato.

Questa concessione comporta il pagamento di un corrispettivo, chiamato canone di leasing.

Alla scadenza del rapporto, l'utilizzatore viene riconosciuta la possibilità:

- di restituire il bene;
- di rinnovare il contratto
- oppure di acquistare il bene.

Tale contratto consente ai soggetti che non hanno disponibilità economica di non dover ricorrere necessariamente al mutuo (pensiamo agli imprenditori all'inizio della loro attività). Infatti, a differenza del mutuo, con il leasing non si richiede alcuna garanzia.

Quando il contratto scade e l'imprenditore decide di acquistare il bene, egli esercita un diritto potestativo, perché vi é il diritto di riscatto, cioè la possibilità di riscattare il bene e acquisirne la proprietà.

L'utilizzatore dovrà pagare al momento del riscatto un ulteriore corrispettivo, che sarà simbolico perché il canone leasing è già alto. Infatti pagamento delle somme di denaro che rientrano nel canone di leasing non rappresenta solo il corrispettivo per il godimento del bene, ma anche la restituzione di una somma di denaro anticipata dalla banca per acquistare quel bene.

Da qui il carattere finanziario: si va ad ammortizzare la spesa sostenuta dalla società finanziaria per l'acquisto di quel bene. Il canone di leasing è quindi una rata di restituzione del prezzo iniziale del bene.

È un contratto di finanziamento a medio/lungo termine.

Distinguiamo: leasing traslativo e leasing di godimento.

La differenza sta nel valore del canone di leasing:

- Nel leasing traslativo il canone è elevato, quindi il leasing è volto al successivo trasferimento della proprietà;
- Nel leasing di godimento, invece, il canone assume una funzione corrispettiva al solo godimento, in quanto l'eventualità del trasferimento è del tutto marginale ed accessoria.

Si é dubitato molto della natura giuridica del leasing, perché nasce come un contratto socialmente tipico: un contratto inizialmente non disciplinato da alcuna norma giuridica, ma molto diffuso nella prassi.

Solo successivamente il contratto di leasing è entrato nel nostro sistema.

In un primo momento è stato disciplinato il leasing abitativo, che ha ad oggetto solo gli immobili destinati alla prima casa per aiutare i soggetti che non avevano la possibilità di ricorrere ad un mutuo. Il leasing abitativo rappresentava un'alternativa al mutuo.

Solo nel 2017, con la legge sulla concorrenza, è stato disciplinato il contratto di leasing finanziario, considerato quindi come un contratto tipico.

Prima di esser riconosciuto come contratto autonomo, in mancanza di una specifica disciplina, si considerava come un contratto di locazione o come contratto di compravendita o con patto di riscatto o con riserva di proprietà (il contratto determinava il trasferimento della proprietà soltanto con il pagamento dell'ultima rata).

Se considerato come locazione opera la risoluzione per inadempimento, ma il concedente non deve restituire le somme fino ad allora corrisposte perché in questo caso il pagamento dei canoni rappresenta il corrispettivo per il godimento.

In caso di compravendita con riserva di proprietà, invece, il trasferimento avveniva con il pagamento dell'ultima rata, se si risolveva il contratto prima, il concedente era costretto a restituire le somme di denaro perché non vi era una giustificazione (ogni spostamento patrimoniale deve avere una giustificazione casuale), in questo caso risultava un ingiustificato arricchimento del concedente.

Oggi però il contratto di leasing e un contratto tipizzato, quindi è stata riconosciuta una sua specifica disciplina giuridica.

Il leasing, quindi, rientra nei negozi di finanziamento.

Nella prassi commerciale, invece, abbiamo il **leasing operativo**, cioè un'operazione di concessione in godimento di beni strumentali all'attività d'impresa in cui la durata del contratto è più breve della vita economica del bene e i canoni sono commisurati al suo valore d'uso. Inoltre, con questo contratto, il locatore s'impegna ad effettuare una serie di servizi collaterali, come l'assistenza e la manutenzione dei beni.

La banca non è legittimata a concludere un contratto di leasing operativo. Questo perché vi è uno specifico rischio: con il pagamento dei canoni di leasing non viene ammortizzato il valore del bene, quindi non abbiamo una forma di finanziamento.

Nel momento in cui l'utilizzatore non riscatta il valore del bene, la banca assumerebbe il rischio industriale (questo non è possibile).

L'unica possibilità riconosciuta è quella di concludere un contratto di leasing operativo, ma con un eventuale esonero delle banche dal rischio, che verrebbe trasferito ad un altro soggetto.

Questo vuol dire che le imprese bancarie non possono esercitare quelle attività finanziarie che comportano la produzione e la commercializzazione dei beni reali, le quali prevedono l'assunzione di un rischio industriale; ma possono solo esercitare quelle attività finanziarie che comportano l'assunzione di un rischio finanziario.

Le attività finanziarie che le banche non possono esercitare

L'art 10 tub prevede anche alcune attività che sono riservate ad intermediari diversi dalle banche, come la gestione di patrimoni, cioè fondi comuni d'investimento affidate a società di gestione del risparmio.

Questa riservatezza sia per esigenze di specializzazione, sia per evitare conflitti d'interesse in capo la banca che derivano dalla commistione fra l'attività finanziaria tradizionale e l'attività di gestione dei fondi.

Anche se le società di gestione possono far capo comunque ad una banca, in quanto fanno parte di un gruppo bancario, il nostro ordinamento, per evitare conflitti d'interesse, ha stabilito che tali società operano in modo indipendente.

In ogni caso, fra queste attività troviamo l'**attività assicurativa**.

Dall'art 10, infatti, si evince che le banche non possono esercitare attività assicurativa, anche se la maggior parte dei contratti assicurativi sono caratterizzati da una forte, se non prevalente, componente finanziaria.

Possiamo, quindi, distinguere tre tipologie di mercati: mercato bancario, mercato assicurativo e mercato mobiliare.

Esistono quindi tre settori con tre discipline diverse.

Questa divisione comporta la sussistenza di diverse autorità di vigilanza, che devono garantire il corretto funzionamento di questi mercati.

Nel sistema finanziario gli istituti di vigilanza sono due: Banca d'Italia, che verifica la solidità patrimoniale delle società quotate in borsa; la Consob, che si occupa di garantire la correttezza e la trasparenza nelle negoziazioni.

Nel sistema bancario, invece, si è scelto di attribuire queste competenze solo alla Banca d'Italia.

Il settore bancario ha una sua autorità di vigilanza, l'Ivas.

Il mercato bancario permette di garantire l'attività assicurativa: la funzione di tale attività è quella di traslare il rischio in capo ad un altro soggetto, in cambio di un corrispettivo chiamato premio (es. furto e incendio).

Il contratto di assicurazione si caratterizza per l'aleatorietà, cioè non sappiamo se effettivamente la compagnia assicurativa dovrà sborsare tot euro oppure no.

La compagnia assicurativa investe quanto ricevuto con i premi; infatti, tali compagnie sono protagoniste del mercato finanziario. L'assicurazione viene definita investitore istituzionale.

Per l'assicurato, infatti, si tratta di un investimento, che però non ha natura finanziaria: vuol dire solo assicurare il proprio patrimonio da una possibile causa di risarcimento danni.

Questo vale per le polizze danni.

Discorso diverso vale per le polizze vita: al verificarsi di un certo evento o al superamento una certo termine, l'assicurazione si impegna a restituire un capitale in un'unica soluzione o in più soluzioni.

Essendoci questa matrice finanziaria, le polizze vita si pongono a metà strada fra attività assicurativa e attività bancaria.

Le polizze vita funzionano un pò come i fondi pensione, infatti si mette da parte mensilmente una somma, che invece di darla ad un fondo pensione, si dà all'assicurazione, la quale alla fine darà una cifra più elevata. La differenza é che:

- in caso di fondo pensione, se il fondo pensione é gestito male, avrò una pensione più bassa;
- in caso di assicurazione, se i mercati mobiliari vanno male il rischio é a a carico dell'assicurazione.

Premio e somme assicurate sono calcolate su un'ipotesi di capitalizzazione del premio ad un saggio d'interesse predeterminato, chiamato *tasso tecnico*; quest'ultimo è un tasso di interesse minimo garantito dall'assicuratore all'assicurato.

Le polizze vita, inoltre, costituiscono anche una forma di risparmio per l'assicurato per far fronte ad eventi futuri come l'esigenza di lasciare una somma di denaro ai propri cari.

Poi ci sono alcune **polizze index linked** e **polizze unit linked**: sono a metà strada fra attività assicurativa e attività bancaria; anche in questo caso vi è trasferimento del rischio, ma il valore

della controprestazione dell'impresa assicurativa dipende o dall'andamento del mercato di capitali (nel primo) o dal valore delle quote di fondi comuni d'investimento (nel secondo).

In questo caso gli assicurati sopportano un forte rischio finanziario, quindi tali polizze rappresentano delle vere e proprie forme di investimento per gli assicurati. Le parti possono anche stabilire un rendimento minimo, ma se questo non viene stabilito l'assicurato, a fronte del pagamento del premio, potrebbe anche non ricevere nulla o ricevere meno rispetto a quanto ha versato (rischio finanziario).

Queste polizze, quindi, sono veri e propri strumenti finanziari, infatti sono definiti prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione.

Tali polizze ci fanno comprendere che non esiste più una distinzione netta fra mercati poiché anche le assicurazioni stipulano contratti di natura finanziaria.

Un'altra conferma vi é per i **contratti di capitalizzazione**, dove l'impresa di assicurazione s'impegna a pagare delle somme di denaro al decorso di un termine pluriennale, di norma 5 anni, a fronte di un corrispettivo (premio).

Queste somme sono corrisposte dall'impresa assicurativa o con il denaro o con altre attività, cioè con dei titoli.

In questo caso però, a differenza delle polizze vita, la prestazione della compagnia assicurativa non dipende da eventi legati alla vita dell'assicurato, ma si individua solo un termine a partire dal quale l'impresa assicurativa deve corrispondere somme di denaro o deve trasferire altre attività, come titoli o beni.

Il capitale che è stato versato dall'assicurato è aumentato in quanto vengono applicati gli interessi, poiché anche in questo caso la compagnia assicurativa investe. Pertanto, il quantum corrisposto dalla compagnia è determinato dagli investimenti che la compagnia stessa effettua.

Anche nei contratti di capitalizzazione l'assicurato assume un rischio finanziario.

All'interno del gruppo bancario (cioè dove l'attività principale è la raccolta di risparmio fra il pubblico e l'erogazione del credito) ci possono essere anche imprese assicurative. Solo in questo caso si possono stipulare polizze, non con la banca, ma con un soggetto terzo che appartiene a quel gruppo bancario.

In queso caso vi è un esercizio indiretto da parte della banca.

Le attività strumentali e connesse

Sono attività non finanziarie che possono essere esercitate dalle banche nei limiti in cui siano correlate all'attività sua principale. Assumono, quindi, un peso contenuto rispetto alle attività principali e alle attività finanziarie.

Sono delle attività ausiliari che consentono una maggiore efficacia dell'esercizio dell'attività principale.

Sono attività di tipo industriale, di tipo commerciale, e quindi vi é un rischio imprenditoriale.

Per molto tempo, nel nostro ordinamento è stato vigente un principio di separazione fra banca e industria, cioè era vietato alle banche di acquisire delle partecipazioni di controllo di imprese industriali e viceversa.

Questo principio è sorto in seguito alla crisi degli anni '30, la cui principale causa fu il fallimento dell'industria tessile, e le banche del tempo avevano acquisito gran parte delle partecipazioni di queste industrie.

Per questo il fallimento delle industrie ha portato anche al fallimento delle banche.

Perciò è sorto questo principio di separatezza, negano che le banche potessero assumere un rischio di tipo industriale.

Al di là di questo principio, una conferma di questo divieto di ingerenza nel settore industriale da parte delle banche e confermato dall'art 10 tub: non ci deve essere una prevalenza delle attività strumentali e connesse rispetto alla attività principale della banca.

Le **attività strumentali** sono attività che, se esercitate in via autonoma, rappresentano delle attività di natura industriale, ma fanno parte del normale processo produttivo delle banche (es. gestione de sistema informati; gestione degli immobili, cioè la compravendita, l'affitto o la ristrutturazione)

Sono attività che non sono svolte per il mercato, ma a servizio dell'attività principale (carattere ausiliare).

Per **attività connesse**, invece, si fa riferimento al rapporto di complementarità fra le attività diverse da quelle bancarie e finanziarie e l'attività principale, un rapporto che riguarda la struttura operativa e l'attività extra-bancaria e non il paragone fra le due attività.

Tali attività permettono di garantire una maggiore efficienza dell'attività principale: infatti vengono predisposti dei servizi a favore degli utenti al fine di accaparrarsi clienti e svolgere al meglio l'attività principale (es. gestione del bar all interno della banca; vendita di biglietti di viaggio o di partite di calcio da parte della banca).

Classici esempi sono: le cassette di sicurezza e i contratti di deposito di titoli di amministrazione.

Il **contratto di deposito di titoli di amministrazione** non permette alle banche di svolgere l'attività principale, quindi è un'attività connessa a quella principale.

Un altro servizio che rientra fra le attività connesse è la stipula del **contratto di cassette di sicurezza**, cioè la messa a disposizione da parte della banca al cliente di locali per custodirvi dei propri beni a fronte del pagamento di un canone di locazione.

In questo caso, la banca deve garantire la sicurezza dei locali e di conseguenza l'integrità delle cassette di sicurezza.

Quando viene stipulato tale contratto si può prevedere un valore massimo in caso di risarcimento dato la banca non è a conoscenza di quanto viene custodito.

Queste cassette di sicurezza sono dei servizi connessi all'attività principale che garantiscono una maggiore fruizione dell'attività principale.

Non viene considerato un deposito, quindi non è coperto dal fondo interbancario.

La disciplina di vigilanza ha stabilito dei limiti all'esercizio delle attività connesse, infatti la Banca d'Italia ha stabilito che tali attività possono essere esercitate quando costituiscono una componente marginale ed accessoria della complessiva attività svolta presso le singole dipendenze. Il criterio di marginalità non riguarda l'attività svolta dalla banca nel suo complesso, ma la sede coinvolta nell'esercizio dell'attività connessa.

Capitolo IV

La specialità delle banche

L'attività bancaria (intesa come esercizio congiunto di: raccolta del risparmio PER erogare credito) è riservata alle banche, cioè soggetti autorizzati iscritti in appositi albi.

Sono iscritti in questo albo i soggetti autorizzati all'esercizio dell'attività bancaria dalla Banca d'Italia, nonché gli intermediari bancari appartenenti a paesi dell'Unione europea autorizzati come enti creditizi, in virtù del principio del mutuo riconoscimento.

Una norma penale, inoltre, punisce l'abusivismo bancario, prevedendo che è punibile, in assenza di autorizzazione, l'attività di raccolta del risparmio per l'erogazione del credito se la raccolta avviene con modalità che, secondo l'art 11 tub, possono essere poste in essere solo da una banca.

Tuttavia, la raccolta del risparmio non collegata all'erogazione del credito può essere esercitata da altri soggetti, cioè imprese società industriali. Allo stesso modo, l'attività di erogazione di finanziamenti non collegata alla raccolta del risparmio fra il pubblico, ma effettuata con risorse proprie, può essere esercitata da altri intermediari finanziari.

L'origine della riserva a favore delle banche

La raccolta di risparmio fra il pubblico produce dei rendimenti che consentono di restituire i soldi ai depositanti solo se viene fatta nell'ambito di un'attività d'impresa complessa che utilizza il risparmio per gli investimenti.

Il truffatore, invece, riesce a corrispondere degli alti rendimenti ai primi soggetti che gli affidano i loro risparmi con le somme di denaro provenienti da una nuova raccolta di risparmio, creando una catena destinata a spezzarsi nel momento in cui egli non riesce a reperire nuovi risparmiatori disposti a dargli fiducia.

Il deposito a vista è un'attività molto delicata perché se tutti i depositanti di una banca vanno a chiedere indietro i loro soldi, la banca ovviamente non li avrà, poiché trattiene solo la riserva frazionaria (che statisticamente, in condizioni di normalità, consente di rimborsare tutti i depositanti).
Proprio per evitare truffe, l'ordinamento creditizio del 1936 ha previsto una riserva assoluta a favore delle banche, prevedendo che SOLO quest'ultime possono raccogliere risparmio fra il pubblico, in quanto sono autorizzate e sono sottoposte a controlli pubblici: la Banca centrale europea, infatti, regola la liquidità ponendosi come controparte dell'intero sistema bancario europeo.

La delicatezza di tale attività deriva da 2 fattori:

- da un lato, se il soggetto che emette questi strumenti va in crisi questo comporterebbe danni enormi, in quanto vi è assenza di moneta bancaria;
- dall'altro, legato alla creazione di moneta.

Ricorda: le banche, fra le funzioni che esercitano, creano moneta: vado in banca, deposito il mio stipendio (100€), la banca trattiene la riserva frazionata e presta 90. I 90 finiscono nel portafoglio dell'imprenditore; l'imprenditore o li deposita o paga gli stipendi ai dipendenti.

Se l'imprenditore utilizza tutti i soldi per pagare gli stipendi, quei 90 finiscono sui conti correnti dei dipendenti; già dopo questo primo passaggio, la moneta in circolazione è 190.

Per ridurre l'inflazione, invece, si cerca di ridurre il fenomeno di creazione di moneta (quindi impedire che 100 diventi 190): se la banca invece di prestare soldi li dà alla banca centrale, questa offre il 7%. Siccome nessuna banca riesce ad avere un tasso così alto facendo prestiti, gli conviene darlo alla banca centrale.

La banca centrale alza il tasso d'interesse a cui remunera i depositi presso la banca centrale, infatti tutte le banche hanno un conto corrente presso le banche centrali.

Di questi 100, le banche prestano 10, quindi qui non stiamo a 190, ma a 110 di moneta in circolazione: 10 lo tengono per restituire soldi, 80 lo danno alla BCE, quindi sul mercato finisce solo 10.

E questo fa sì che si riduca la massa monetaria in circolazione.

Al contrario, nella situazione attuale i tassi a cui la BCE remunera i depositi presso di lei sono negativi: vuol dire che se una banca lascia le sue disponibilità monetarie sul conto corrente che ha presso la BCE, è lei che deve pagare la BCE lo 0,50.

Draghi utilizza un altro strumento per inondare il mercato di liquidità: compra titoli delle banche ed offre soldi liquidi che le banche possono prestare (fanno PCT).

In realtà, già nel 1936 erano consentite alcune forme di raccolta del risparmio a soggetti diversi, infatti non erano compresi nel divieto i risparmi investiti per acquistare azioni o obbligazioni delle spa:

- le azioni erano escluse perché rappresentano investimento in capitale di rischio dell'impresa. Inoltre, nelle spa gli azionisti non erano investitori, ma ricchi imprenditori che volevano gestire in comune un'attività comune ed erano consapevoli di partecipare al rischio d'impresa.
- le obbligazioni, invece, erano escluse perché la raccolta in questa forma era consentita dal codice civile, che prevedeva dei limiti all'emissione solo per le società non quotate (limite in rapporto al capitale proprio e alle riserve).

N.B.: In particolare, vi è un settore dell'economia che riguarda le **società finanziarie** che hanno bisogno di controlli, in quanto possono avere problemi simili alle banche.

Infatti, i primi controlli erano controlli a mo' di censimento: si faceva un elenco delle società finanziaria per verificare chi erano i soggetti che come oggetto sociale avevano l'esercizio del credito.

Però, chi fa credito senza raccogliere raccolta di risparmio fra il pubblico, quindi lo fa con proprie risorse o emettendo azioni nei mercati finanziari, lo può fare: è un'attività perfettamente lecita non riservata alle banche.

Come abbiamo detto, anche l'obbligazione societaria è una forma di raccolta del risparmio.

Le norme di attuazione del tub vietano a chi fa prestiti all'attivo (come le banche) di diventare, in questo modo, molto simili alle banche dal lato passivo, cioè emettendo obbligazioni (diversamente, la SIM può raccogliere risparmio fra il pubblico tramite emissione di obbligazioni). Per ragioni collegate all'esigenza di tutelare i piccoli risparmiatori.

Una diversa ottica di tutela e possibile deroghe alla riserva assoluta

La riserva assolute e le deroghe molto stringenti rispondevano ad un'esigenza precisa: la vera protezione ai piccoli risparmiatori era offerta solo dall'ordinamento bancario, in quanto le banche

sono soggette a controlli pubblici ed è difficile che falliscono. Quindi, l'idea del legislatore italiano era che la raccolta di risparmio fra il pubblico era riservata solo ed esclusivamente alle banche, almeno fino a quando non ci fossero state regole di correttezza e trasparenza da parte delle imprese che raccolgono risparmio nei mercati finanziari.
Questi limiti sono diminuiti e le deroghe a tale riserva sono aumentate di pari passo con la crescita di un sistema di regole a protezione di chi investe nei mercati finanziari (Consob).
Con la nascita della Consob e l'introduzione degli obblighi di trasparenza non si voleva tutelare l'interesse dei risparmiatori a riavere i soldi indietro, ma si voleva garantire loro di conoscere tutte le informazioni necessarie per effettuare investimenti con la consapevolezza dei rischi assunti.

Fra le deroghe più rilevanti all'art.11 t.u.b., vi è quella che riguarda la raccolta di risparmio effettuata dalle società mediante obbligazioni nei limiti previsti dal codice. A seguito della riforma del 2003 del diritto societario, le nuove disposizioni hanno accresciuto le possibilità delle società di emettere obbligazioni, pertanto le imprese possono rivolgersi direttamente al mercato per finanziarsi, nel rispetto delle regole di trasparenza e correttezza.

Quindi, solo la raccolta del risparmio che avviene nella forma del deposito a vista (*a vista*: prevedono l'obbligo della banca di rimborsare le somme depositate nel momento in cui il depositante le richiede) o nella forma della raccolta collegata all'emissione o alla gestione di strumenti di pagamento di spendibilità generalizzata (esclusi dalla riserva sono i possibili solo strumenti a spendibilità limitata, come il telepass), e che è funzionale all'esercizio del credito, non può essere soggetta a deroghe (riserva assoluta).
Le ragioni di questa riserva assoluta non è solo collegata alla tutela dei risparmiatori, ma soprattutto perché tale attività rappresenta un servizio fondamentale per l'economia e perché è fondamentale per l'esercizio della politica monetaria.
Quindi, ancora più in generale, le ragioni di tale riserva vedono alla base l'elemento fiduciario, che è fondamentale nell'attività bancaria: il venir meno della fiducia, infatti, comporta possibili fughe o corse al ritiro dei depositi.
Ma, nonostante viene sancita la specialità dell'attività bancaria, di fatto le banche fanno anche altri mestieri (come i servizi d'investimento), di conseguenza la linea di confine fra banca e altri intermediari si è molto attenuta.

Ricordiamo che la raccolta a vista consente alla banca di acquisire disponibilità finanziarie attraverso contratti, come il **deposto bancario**, che prevedono l'obbligo di restituzione del denaro al depositante in qualsiasi momento senza preavviso o con preavviso molto breve.

I depositi a vista sono regolati da un rapporto di conto **corrente bancario**, caratterizzato dal fatto che il saldo del conto è sempre disponibile, cioè il cliente può utilizzare le somme ivi iscritte per effettuare pagamenti e quindi estinguere obbligazioni giuridiche.

Inoltre il conto corrente bancario consente al correntista di effettuare pagamenti mediante moneta bancaria anziché moneta legale.

Il **conto corrente** è stato un contratto che dalla dottrina civilistica italiana è stato inquadrato come un contratto misto, cioè uno strumento per utilizzare il deposito bancario.

In realtà, il conto corrente è un contratto autonomo se lo si osserva in quella che è la sua prassi: è vero che nel momento in cui ci si reca in banca e si chiede di aprire un conto corrente la banca chiede di depositare anche una somma irrisoria (per coprire le spese). Il conto corrente, infatti, può essere a somma zero.

In realtà, questa somma non rappresenta un deposito, infatti il deposito bancario è un contratto che si instaura fra banca e cliente per esigenza di regolare, mediante annotazione in conto invece che mediante versamenti e prelievi effettivi di moneta contante, i propri rapporti di debito-credito nei confronti del cliente.

Infatti, si può avere un conto corrente stipulato con una banca e non aver depositato nulla, né aver ricevuto nessun finanziamento da parte della banca.

Es.: *contratto di casetta di sicurezza*: la banca non custodisce le cose, poiché non conosce il contenuto della cassetta, quindi non si tratta di un contratto di deposito).

Nessuna banca consente di aprire un contratto di cassette di sicurezza senza aprire un conto corrente (è una forma di potere di mercato).

La banca lo chiede perché il contratto di cassette di sicurezza presuppone il pagamento di un canone annuo, quindi, aprendo il conto corrente, li detrae direttamente dal conto: in mancanza di soldo sul conto, comunque la banca li detrae facendo scendere il conto in negativo; a questo punto il cliente è debitore della banca.

Se il cliente continua a non pagare, ovviamente quel debito produce degli interessi —> ANATOCISMO: interesse composto, ossia il fatto che gli interessi già scaduti (cioè maturati) e non pagati diventino bene capitale e come tali siano suscettibili di produrre interesse a loro volta.

Il conto corrente, quindi, è un modo per regolare i rapporti fra banca e cliente mediante annotazioni in conto, piuttosto che tramite pagamento con moneta contante; periodicamente, poi, si fa il saldo.

Il conto corrente ha anche un'altra funzione fondamentale: consente alla banca di utilizzare le disponibilità del cliente, a prescindere se sono depositi o prestiti che la banca gli ha fatto, mediante strumenti di pagamento a spendibilità generalizzata.

La gestione dell'attività bancaria fra istanze imprenditoriali e ragioni di interesse pubblico

Alla fine dell'800, l'attività bancaria era considerata attività d'impresa.

La situazione cambiò con la legge bancaria del 1936, che stabiliva un sistema di controlli più penetrante sulle banche, stabilendo all'art 1 che la raccolta di risparmio fra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono funzioni di interesse pubblico.

C'era profonda incertezza sulla natura delle banche che, alla luce della definizione della legge bancaria, sono state considerate imprese-funzione in cui la gestione imprenditoriale doveva tendere al perseguimento di finalità pubbliche.

Con l'emanazione della Costituzione, questo sistema di controlli venne piegato alle esigenze di tutela di risparmio sancite dall'art 47.

In realtà, il costituente si riferisce al fatto che il valore dei risparmi deve essere tutelato, cioè si riferisce a tutti quegli strumenti che fanno si che non ci sia inflazione; che il valore del risparmio si mantenga costante nel tempo.

É il 3 comma che si riferisce alle banche: salvaguardare e garantire la sussistenza del canale di intermediazione, cioè l'intermediazione bancaria, non il risparmiatore in sé.

I costituenti volevano soprattutto far affluire i finanziamenti adeguati per lo sviluppo del Paese, in particolari nei settori economici e nella aree territoriali più bisognose (si parla di "governo del credito").

In questo senso l'art 47 si collega all'art 41, che legittima la limitazione della libertà di iniziativa economica. Secondo l'at 41, la legge può determinare programmi e controlli opportuni affinché l'iniziativa economica possa indirizzata a fini sociali.

In tale contesto, la giurisprudenza effettuò una ricostruzione in termini pubblicistici dell'attività bancaria. Sulla base di ciò, la Cassazione condannò gli amministratori di banche che avevano concesso finanziamenti a imprese per le quali sussistevano dubbi sulla loro capacità di rimborsarli, e che successivamente erano fallite, vennero condannati per peculato.

Questo perché disse che loro avevano sottratto risorse pubbliche per finanziarie un soggetto che non aveva restituito il prestito, deviando i soldi pubblici.

Il legislatore intervenne con la prima direttiva comunitaria che definiva la nozione di credit istitution e stabiliva le condizioni, uguali in tutta Europa, per l'accesso al mercato bancario.

Egli aggiunse un inciso "l'attività bancaria è attività d'impresa, a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto che la esercita". Quindi, non è esercizio di una funzione pubblica.

I reati, quindi, saranno quelli tipici dell'imprenditore e non della pubblica amministrazione (non peculato, ma appropriazione indebita).

Il riconoscimento della natura imprenditoriale dell'attività bancaria

Negli anni successivi vennero meno i caratteri pubblicistici dell'attività bancaria; infatti, recependo la direttiva comunitaria del 1977 in materia bancaria, si affermò la natura imprenditoriale della banca. Inoltre, l'attività bancaria venne ricondotta nell'ambito privato anche per quanto riguarda i reati.

Quindi, oggi, l'attività bancaria è **attività d'impresa**, che persegue molteplici interessi, sia pubblici che privati. Ma, anche se esiste una definizione di attività bancaria, ancora non esiste una direttiva precisa che ci dica cosa sono le banche.

L'ordinamento, quindi, disciplina l'iniziativa economica al fine di tutelare tutti gli interessi coinvolti nell'esercizio dell'attività bancaria, in coerenza con i principi affermati dall'art 41 Cost.

Il legislatore ha dato attuazione al principio di tutela del risparmio (art 47 Cost.) prevedendo un sistema di regole e di controlli sull'attività bancaria che non si pone in contrasto con lo svolgimento della stessa in forma imprenditoriale.

Capitolo V

Banche e altri intermediari finanziari: alla ricerca di un difficile confine

La nozione di banca in Europa e negli Stati Uniti

La nozione legale di banca non è la stessa in tutti gli ordinamenti.

Nonostante le direttive dell'Unione europea hanno cercato di armonizzare la disciplina delle banche, rimangono problemi di coordinamento delle nozioni di banca (o, meglio di ente creditizio, qualificato come l'intermediario che svolge attività bancaria).

È ente creditizio un'impresa la cui attività consiste nel raccogliere risparmio fra il pubblico sotto forma di depositi, o altri fondi rimborsabili dal pubblico, ai fini dell'erogazione del credito.

Le differenza fra gli ordinamenti europei dovrebbero scomparire, considerando che l'ultimo intervento sul punto è stato effettuato con un regolamento UE che si applicherà direttamente negli Stati membri senza essere recepito con le norme nazionali.

Le imprese che operano nel settore finanziario e che sono rilevanti per l'esercizio della politica monetaria sono chiamate Istituzioni finanziarie monetarie (Ifm) e sono disciplinate dalla Banca centrale europea.

Il regolamento della Bce afferma che per Ifm s'intendono le banche centrali; gli enti creditizi; gli altri enti la cui attività consiste nel ricevere dal pubblico depositi o strumenti a essi assimilabili da parte di soggetti diversi dalle Ifm e nell'erogare crediti o nell'effettuare investimenti in titoli per conto proprio; o anche gli istituti di moneta elettronica che forniscono servizi di intermediazione finanziaria sotto forma di emissione di moneta elettronica.

Rientrano fra questi istituti anche gli Imel e i fondi comuni monetari che investono in strumenti di mercato monetario.

Gli Imel e i fondi comuni monetari, pur essendo rilevanti per l'esercizio della politica monetaria, non esercitano attività bancaria e non sono qualificabili come enti creditizi, perché:

- gli Imel acquisiscono risorse finanziarie dal pubblico, ma non possono effettuare prestiti;
- i fondi comuni monetari non effettuano raccolta del risparmio, ma la liquidità dell'investimento rende le quote assimilabili ai depositi.

- **Francia**: in passato, l'ordinamento francese comprendeva nell'établissement de crédit i soggetti che svolgevano in maniera professionale operazioni bancarie, indipendentemente dall'esercizio congiuntivo dell'attività di raccolta di risparmio e di erogazione del credito.

  Secondo la legge francese, infatti, le operazioni bancarie comprendevano la ricezione di fondi dal pubblico, le operazioni di credito e i servizi di pagamento.

  Anche quest'ordinamento, però, riteneva che la specialità delle banche risiedeva nella raccolta del risparmio.

  Con il regolamento UE del 2013 cambiò la situazione, stabilendo che sono enti creditizi le persone giuridiche la cui attività consiste nel ricevere fondi rimborsabili al pubblico ed erogare credito.

- **Regno Unito**: secondo il Banking Act la banca è quel soggetto autorizzato come tale dalle autorità.
  Quindi, la legge inglese qualifica come attività bancaria tutte quelle attività svolte normalmente dalle banche: ricevere depositi, prestare servizi di pagamento ed effettuare prestiti ai clienti.
  Nel Regno Unito, però, abbiamo il modello di banca universale, quindi la banca non si limita a raccogliere risparmio nella forma del depisto e ad erogare credito, ma ha un importante soprattutto nei mercati finanziari.
- **Germania**: la legge tedesca stabilisce che sono istituzioni creditizie le imprese che esercitano in via professionale l'attività bancaria. Anche in questo caso, la banca esercita innanzitutto la raccolta del risparmio nella forma del deposito, ma presta anche servizi di pagamento, operazioni creditizie e servizi d'investimento.
- **Stati Uniti**: secondo il Banking Holding Union, la banca è un'impresa che esercita congiuntamente l'attività di raccolta del risparmio e quella di concessione di prestiti commerciali.
  Per molto tempo, la legge statunitense ha vietato la commistione fra attività bancaria tradizionale e attività di intermediazione nei mercati mobiliare, per evitare abusi e conflitti di interesse e, quindi, per garantire la stabilità del sistema.
  Negli Stati Uniti, infatti, vi era una distinzione fra:
  - commercial banks, che esercitavano solo l'attività bancaria tradizionale;
  - investment banks, che non potevano raccogliere risparmio mediante depositi, ma potevano operare nei mercati mobiliari.
    Nel 2000, tali vincoli sono stati cancellati.
    Le norme emanate dopo la crisi finanziaria hanno reintrodotto dei limiti, anche se meno rigidi rispetto al passato. Oggi, la distinzione rispetto alle banche di investimento è meno netta.

Il modello di banca universale in Europa

I principali ordinamenti europei hanno cercato di creare un modello di banca universale operante in tutti i settori dell'intermediazione finanziaria.
In Europa, infatti, la banca è l'unico soggetto che può raccogliere il risparmio fra il pubblico nella forma del deposito a vista o a breve termine per erogare credito, ma non s'identifica solo con queste attività. La banca può esercitare altre attività finanziarie sulla base del principio del mutuo riconoscimento.
L'ordinamento non vieta che un soggetto autorizzato come banca concerti la sua attività in settori diversi dalla raccolta del risparmio per l'erogazione del credito o, addirittura, che un soggetto autorizzato come banca non eserciti affatto l'attività bancaria (es. in Italia, Mediobanca che ha svolto un ruolo di assistenza e consulenza alle imprese industriali nelle operazioni di riscatto societario).
Quindi, l'esercizio effettivo dell'attività bancaria non rileva ai fini della qualificazione di un'impresa come banca.

Gli intermediari finanziari non bancari

Le attività finanziarie svolte dalla banca, ad eccezione della raccolta di fondi a vista, possono essere svolte anche da altri operatori.

Questi intermediari finanziari, diversi dalle banche, raccolgono risparmio senza erogare prestiti oppure concedono prestiti o investirono titoli senza raccogliere risparmio fra il pubblico.

Spesso è difficile distinguere questi soggetti, soprattutto perché questi intermediari finanziari offrono prodotti e servizi molto simili a quelli bancari, ma nonostante ciò sono soggetti diversi e individuati con l'espressione shadow banking system.

Veicoli delle cartolarizzazioni

Per cartolarizzazione s'intende la cessione da parte di un'impresa di un blocco di crediti ad un veicolo (Spv), che emette titoli per finanziare l'acquisto di crediti.

L'Spv è un patrimonio autonomo rispetto al cedente dei crediti e, nel nostro ordinamento, l'Spv è una società appositamente costituita denominata, "societa di cartolarizzazione".

I titoli sono derivati dato che il loro valore deriva da quello di un insieme di attività finanziaria sottostanti, ossia i crediti ceduti. Nelle cartolarizzazioni si può cedere qualsiasi credito che da luogo ad un flusso di cassa futuro al momento dell'incasso; di norma, sono ceduti crediti per i quali è possibile effettuare una valutazione statistica del rischio (es. mutui garantiti da ipoteca per l'acquisto di immobili). Per questo motivo, i principali operatori nei mercati finanziari nel settore delle cartolarizzazioni sono le banche.

I crediti relativi a ciascuna operazione costituiscono patrimoni separati rispetto a quello della società e a quello delle altre operazioni.

La società cessionaria ha come oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione e i portatori di titoli hanno diritto ad un rendimento.

Gli strumenti finanziari vengono distinti in base al grado di rischio, ecco perché i diritti dei portatori di titoli più rischiosi sono postergati rispetto a quelli dei portatori delle altre categorie.

Distinguiamo 3 categorie: senior, mezzanine e junior.

I titoli junior sono gli strumenti finanziari più rischiosi, che possono essere difficilmente considerati rappresentativi di una posizione creditizia analoga a quella di un titolare di obbligazioni societarie; inoltre, non c'è un obbligo di restituzione.

Per queste ragioni, il capitale delle società di cartolarizzazione non può essere considerato un valore su cui i creditori possono soddisfare le loro pretese in via esclusiva e prioritaria rispetto a quelle dei soci della società.

I portatori dei titoli non possono vantare prestese nei confronti della società e neanche rivalersi sul capitale di questa.

La società di cartolarizzazione rappresenta solo un veicolo per realizzare l'operazione di cartolarizzazione.

I veicoli di cartolarizzazione non possono essere considerati un intermediario affine alle banche: l'attivo dei veicoli è rappresentato da crediti, ma al passivo non ci sono debiti. Il veicolo, a differenza delle banche, non raccoglie risparmio con obbligo di rimborso.

La collocazione degli Spv nello shadow banking system deriva dal fatto che l'enorme diffusione delle cartolarizzazioni ha comportato il trasferimento ai veicoli di un'ampia parte dell'attivo delle banche e dei relativi rischi.
In ogni caso, si può dire che l'Spv non ha i caratteri di una banca.

Siv

Nei Paesi anglosassoni si parla di Siv, un particolare tipo di Spv costituite da banche operanti a livello internazionale sotto forma di società in paesi off-shore.
Le Siv finanziano le proprie attività mediante emissione di commercial papers (titoli di debito a breve termine) e titoli di debito a medio termine.
Gli strumenti finanziari emessi sono titoli di debito, che quindi danno diritto alla restituzione del capitale a scadenza più gli interessi. In caso di inadempimento, quindi, la Siv può andare incontro a fallimento (procedure di liquidazione).
I Siv assomigliano ad una banca, dato che hanno all'attivo crediti (rappresentati da titoli derivante dalle cartolarizzazioni) e al passivo debiti (rappresentati da strumenti finanziari con scadenza). Il loro guadagno è rappresentato dalla differenza di rendimento fra i titoli all'attivo e quelli al passivo (così come le banche).
I Siv, come le banche, svolgono la trasformazione della scadenze, quando raccolgono risparmio a breve termine e investono in titoli di cartolarizzazione a medio e a lungo termine. E così come le banche, possono andare incontro a problemi di solvibilità.
Però, a differenza della banche, i Siv non raccolgono risparmio a vista (cioè passività da rimborsare a richiesta).
Nel nostro ordinamento, i Siv non possono essere costituiti.

Fondi comuni, fondi comuni monetari e "hedge funds"

Il fondo comune d'investimento è un patrimonio autonomo, suddiviso in quote di una pluralità di investitori, gestito da una società di gestione del risparmio (Sgr).
Il patrimonio è investito in strumenti finanziari negoziati nei mercati finanziari regolamentati. Gli investitori non hanno diritto alla restituzione della quota al valore nominale, ma hanno solo diritto al rimborso della quota, in qualsiasi momento, il cui valore dipende dal valore di mercato del fondo al momento della richiesta.
I fondi comuni di investimento non possono assumere prestiti, non possono vendere allo scoperto strumenti finanziari e non possono concedere prestiti in forme diverse dalle operazioni a termine su strumenti finanziari.
In Italia, avevamo i fondi comuni speculativi, oggi chiamati Fia riservati: la partecipazione a tali fondi è riservata ad investitori professionali e ad investitori non professionali che hanno un investimento molto elevato. In questo caso, la normativa italiana prevede la possibilità di derogare le norme prudenziale di contenimento del rischio e di finanziarsi ricorrendo all'indebitamento.
I fondi comuni monetari non fanno raccolta del risparmio e non assumono un obbligo di restituzione delle quote al valore nominale; queste ultime rappresentano un investimento per i

risparmiatori, caratterizzato da basso rischio (i fondi monetari investono in strumenti finanziari molto liquidi e di elevata qualità creditizia, come i Bot).
Tutti questi fondi, quindi, non possono essere assimilati alle banche.

Imel e istituti di pagamento

Gli Imel sono intermediari specializzati nell'emissione di moneta elettronica: possono raccogliere il risparmio fra il pubblico solo ai fini della trasformazione del denaro ricevuto in moneta elettronica; devono assicurare il rimborso immediato, o a breve termine, delle somme ricevute in moneta legale.
Per moneta elettronica s'intende un valore monetario rappresentanti da un credito nei confronti dell'emittente che sia memorizzato su un dispositivo elettronico, accettato come mezzo di pagamento.
L'emissione di moneta elettronica è riservata alle banche e agli Imel.
Gli Imel possono emettere moneta elettronica mediante trasformazione immediata dei fondi ricevuti, quindi si esclude che possano ricevere fondi dal pubblico in cambio di moneta elettronica (questa modalità di emissione di moneta elettronica rimane riservata alla banca).
Gli Imel non possono effettuare credito che non sia strettamente legato ai servizi di pagamento.
Il tub precisa che l'Imel non concede interessi o altri benefici commisurati alla giacenza della moneta elettronica. Le passività dell'Imel, quindi, non sono assimilabili a quelle delle banche.
Gli Imel sono soggetti ad una specifica disciplina del tub, secondo il quale "gli istituti di moneta elettronica sono le imprese, diverse dalle banche, che emettono moneta elettronica".
Gli istituti di pagamento sono intermediari specializzati nella prestazione di servizi di pagamento. I fondi che tali istituti ricevono da parte degli utenti non costituiscono depositi o altri fondi rimborsali e neanche moneta elettronica. Gli istituti di pagamento hanno come oggetto esclusivo la prestazione di servizi di pagamento e fra le attività accessoria è prevista la concessione di credito in stretta connessione al servizio di pagamento prestato.
Anche questi operatori, quindi, sono diversi dalle banche.

Società finanziarie e operatori del "microcredito"

Le attività di prestito sono state sempre svolte anche da soggetti diversi dalle banche, purché venivano fatti con fondi propri.
Agli inizi degli anni '90, il legislatore italiano decide di sottoporre le attività di prestito e le altre attività finanziarie diverse da quelle bancarie alla supervisione pubblica.
Sicuramente, era un controllo meno pregnante rispetto a quello fatto sulle banche, che prevedeva:

- i soggetti che svolgevano in maniera professionale attività finanziaria dovevano iscriversi in un elenco generale tenuto dall'Ufficio Italiano dei Cambi e dovevano rispettare alcuni requisiti relativi al capitale minimo e all'onorabilità e alla professionalità degli esponenti aziendali;
- invece, i soggetti che, per le loro caratteristiche, presentano maggiori rischi erano iscritti in un elenco speciale tenuto dalla Banca d'Italia, la quale esercitava anche la vigilanza.

Quindi vi era un doppio regime di controlli, che venne cancellato nel 2010.

Oggi, la riserva di attività è relativa solo alla concessione di finanziamenti al pubblico.

Per attività di concessione di finanziamenti s'intende la concessione di crediti in qualsiasi forma. Tale attività comprende anche la locazione finanziaria; l'acquisto di crediti a titolo oneroso; il credito ai consumatori; l'avvallo; il prestito su pegno, la girata e ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma.

Le attività in cambi sono state assoggettate ai controlli stabiliti dal tuf.

I servizi di pagamento possono essere esercitati solo dagli istituti di pagamento, soggetti ai controlli stabiliti dal tub, e dagli Imel.

L'attività di assunzione di partecipazioni, intesa come compravendita di partecipazioni di carattere temporaneo finalizzata a fornire assisteva finanziaria alle imprese, è stata liberalizzata. Così come l'attività delle holding che detengono, in via stabile, partecipazioni di controllo in imprese.

Fra le attività finanziaria ci sono anche quelle esercitate dai Consorzi e dalle Cooperative di garanzia collettiva fidi, definiti confidi.

I confidi svolgono solo attività di garanzia collettiva dei fisi, che cioè prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie, per facilitare l'accesso al credito delle piccole e medie imprese associate (garanzie collettive).

Il tub distingue fra i confidi maggiori (con volume di attività finanziaria maggiore) e confidi minori (con volume di attività finanziaria minore):

- i confidi maggiori sono iscritti nell'albo degli intermediari finanziari e hanno un'ambito di attività più ampio;
- i confidi minori sono iscritti in uno speciale elenco e hanno un ambito di attività più limitato.

Si tratta comunque, in entrambi i casi, di operatori specializzati in una particolare attività finanziaria.

Sulle società che concedono finanziamenti esiste un vero e proprio regime di vigilanza, che prevede l'autorizzazione all'esercizio dell'attività, controlli sugli assetti proprietari e controlli prudenziali.

Le società finanziarie, oltre al divieto di raccolta a vista e di raccolta connessa al servizio di pagamento, sono soggetti a limiti più stringenti nell'acquisizione di fondi dal pubblico con obbligo di restituzione a qualsiasi titolo.

Il microcredito (art 111 tub) è un'operazione creditizia che può esercitata anche da un soggetto diverso da una società finanziaria e da una banca. Sono previste due tipologie:

- il microcredito d'impresa: per favorire l'accesso al credito per chi lavora e vive in comunità povere;
- il microcredito sociale: un finanziamento per persone fisiche in condizioni di particolare vulnerabilità economica o sociale allo scopo di favorire l'inclusione sociale e finanziaria.

In entrambi i casi, si tratta di attività creditizia esercitabile da soggetti determinati e secondo precise regole stabilite dalla legge. A questi soggetti, inoltre, è vietata la raccolta del risparmio.

Società di intermediazione mobiliare

Le Sim sono società che hanno ad oggetto esclusivamente la prestazione di servizi d’investimento, oltre che servizi accessori, altre attività finanziarie e attività connesse o strumentali.

Per servizi d’investimento s’intendono: negoziazione per conto proprio; esecuzione di ordini per conto dei clienti; gestione di portafogli; consulenza in materia di investimenti; gestione di sistemi multilaterali di negoziazione.

Le Sim sono diverse dalle banche, infatti il loro oggetto sociale è concentrato nella prestazione di servizi alla clientela, senza prevedere l’assunzione in proprio dei rischi dell’investimento (ad eccezione di negoziazione per conto proprio o collocamento di titoli con assunzione di garanzia).

La Sim può raccogliere risparmio, ma in modo limitato: si applica la disciplina generale del c.c. prevista per le s.p.a.

L’unica possibilità di indebitarsi nei confronti del pubblico è prevista per le Sim quotate, che possono emettere obbligazioni senza limiti quantitativi; è vietata la raccolta a vista o collegata a strumenti di pagamento a spendibilità generalizzata.

Poste e Cassa depositi e prestiti

Attività molto simili a quelle svolte dalle banche sono esercitate dalle Poste e dalla Cassa depositi e prestiti.

La raccolta del risparmio da parte delle Poste inizio nel 1875 con l’istituzione delle casse di risparmio postale: gli uffici postali offrivano servizi di deposito di denaro e di emissione di libretti di risparmio nei confronti del pubblico. Questo per favorire l’accesso e l’educazione al risparmio delle classi sociali meno abbienti.

Era un investimento sicuro, dato che la restituzione era garantita dallo Stato.

Oggi, l’attività finanziaria delle Poste (società per azioni controllata dallo Stato), chiamata “Bancoposta”, viene esercitata con un patrimonio destinato soggetto a specifiche regole organizzative e contabili. In questo modo i servizi finanziari sono distinti dai servizi tradizionalmente svolti dalle poste per conto dello Stato.

Servizi bancari e finanziari svolti dalle Poste sono: raccolta del risparmio fra il pubblico; prestazione di servizi di pagamento; emissione di moneta elettronica e altri mezzi di pagamento; intermediazione in cambi; prestazione di alcuni servizi d’investimento e accessori; promozione e collocamento di finanziamenti concessi da banche da altri intermediari finanziari abilitati. In quest’ultimo caso, Bancoposta non assume il rischio della concessione del credito, che rimane a carico dell’intermediario.

Le Poste raccolgono risparmio sotto forma di deposito, ma non erano credito, e sono equiparate alle banche per quanto riguarda i controlli. La Banca d’Italia, infatti, ha emanato disposizioni di vigilanza prudenziale riferite all’adeguatezza patrimoniale e al contenimento dei rischi.

Come in passato, la raccolta del risparmio delle Poste è finalizzata all’esercizio del credito nei confronti di enti pubblici locali dalla Cassa depositi e prestiti.

La Cassa depositi e prestiti nasce nel 1850 e, successivamente, diventa Direzione generale del Tesoro. È stata dotata di personalità giuridica e autonomia ordinamentale, organizzativa e patrimoniale. Oggi, la Cassa depositi e prestiti è una società per azioni controllata dallo Stato.

Per “risparmio postale” s’intende la raccolta di fondi attraverso libretti di risparmio potale e buoni fruttiferi effettuata da Bancoposta per conto della Cdp.
Quindi la Cassa depositi e prestiti raccoglie risparmio fra il pubblico ed esercita il credito, come le banche, ma la proprietà pubblica e le funzioni di interesse generale svolte impediscono di qualificarla come banca.
La Cdp è inclusa fra le Istituzioni monetarie e finanziarie europee, ma non fra gli enti creditizi.

Altre imprese del settore finanziario

Oltre alle banche e agli altri intermediari finanziari non bancari, vi sono imprese che raccolgono risorse finanziarie fra il pubblico per finalità assicurative e previdenziali. Sono le assicurazioni e i fondi pensione.

Assicurazioni

Secondo il codice civile, l’assicurazione è il contratto con il quale l’assicuratore, a fronte del pagamento di un premio, si obbliga a risarcire l’assicurato, entro determinati limiti, del danno derivante da sinistro oppure s’impegna a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente la vita umana.
Questo permette di individuare i due prodotti offerti da un’assicurazione: l’assicurazione contro i danni e l’assicurazione sulla vita.
L’oggetto delle imprese assicurative non rientra fra le attività finanziarie che possono esercitare le banche e l’assicurazione effettua considerazioni statistiche per la valutazione dei rischi e scelte di carattere finanziario.
I premi sono accantonati in riserve e le riserve sono investite in attività immobiliari e in strumenti finanziari. Nonostante le assicurazioni raccolgono risorse finanziarie fra il pubblico, non hanno obbligo di rimborso nei confronti dei clienti. Esse, però, rientrano fra gli operatori del settore finanziario perché investono risorse finanziarie raccolte dal pubblico nei mercati finanziari.
L’oggetto sociale delle imprese assicurative non è l’intermediazione finanziaria, ma la stipula dei contratti assicurativi.
Le assicurazioni hanno da sempre offerto un prodotto che ha un contenuto finanziario, ma con il tempo la componente finanziaria ha assunto maggiore rilevanza. Un esempio sono le polizze unit linked e index linked.
A differenza dei contratti vita tradizionali, dove il rischio è legato all’andamento dei titoli in cui sono investiti i premi e rimane a carico dell’impresa assicurativa, nelle polizze unit linked e index linked, il rischio rimane a carico del contraente (considerato che esse non prevedono un capitale minimo garantito). Un limite alla possibilità di addossare il rischio in capo al contraente è previsto dall’Ivass (autorità di vigilanza del settore assicurativo).
Per queste ragioni le imprese assicurative sono incluse nel settore finanziario, anche se sono distinte dalle banche e dagli altri intermediari finanziari per le regole e i controlli.
Le imprese assicurative, infatti, sono disciplinate dal codice delle assicurazioni private.

I fondi pensione

I fondi pensione sono organismi che raccolgono risparmio di lavoratori autonomi o dipendenti e gestiscono le risorse per poi pagare gli aderenti ai trattamenti previdenziali alla fine della loro vita lavorativa.

Tale gestione comporta investimenti nei mercati mobiliari.

I fondi pensione hanno funzione previdenziale e integrativa della previdenza obbligatoria e sono disciplinati da una legge speciali; essi sono soggetti alla vigilanza della Commissione di vigilanza sui fondi pensione (Covip), che ha lo scopo di garantire la corretta e trasparente amministrazione e gestione dei fondi, ed è soggetta a sua volta alla vigilanza del ministero del Lavoro.

I fondi pensione si distinguono in:

- fondi chiusi: costituiti su iniziativa delle parti sociali mediante contratti o accordi collettivi, regolamenti aziendali e accordi fra lavoratori. Vi possono aderire i lavoratori appartenenti ad aziende, enti, gruppi per i quali trova applicazione il contratto stipulato. Sono soggetti giuridici di natura associativa distinti dai soggetti promotori dell'iniziativa oppure associazioni o fondazioni dotate di personalità giuridica che devono essere riconosciute dalla Covip.
- fondi aperti: istituti da banche, Sgr, Sim e imprese assicurative e sono rivolti a tutti i lavoratori; vi possono aderire anche coloro che non svolgono attività lavorativa. Questi fondi sono costituiti come patrimonio di destinazione, sperato e autonomo da quello della società promotrice e di pertinenza della collettività degli aderenti al fondo.

Capitolo VI

Perché le banche sono soggette a controlli pubblici: crisi, regolamentazione e vigilanza

La fragilità della banca, come sappiamo, deriva innanzitutto dal fatto che essa non può rispondere alle richieste di rimborso nel momento in cui tutti i depositanti decidono di andare a ritirare i propri rimborsi. La banca, infatti, tiene ferma solo una piccola quantità dei soldi depositati, che vanno a formare la riserva frazionata (serve a rispondere alle richieste di rimborso in condizioni di normalità).

La crisi di una banca, quindi, è un elemento di cui si deve tener conto, soprattutto alla luce del fatto che le banche sono imprese speciali interconnesse fra di loro e con gli altri soggetti finanziari: questo vuol dire che la crisi di una banca si ripercuote non solo sui risparmiatori, ma su tutta la collettività.

I caratteri comuni delle crisi dei vari Paesi sono:

- riduzione di produttività delle imprese, dovuto ad esempio ad un evento straordinario come la guerra;
- venir meno della fiducia del mercato nella correttezza del meccanismo di formazione dei prezzi di titoli e di altri valori mobiliari.

Le due più importanti crisi sono state: la crisi degli anni Trenta del '900 e quella del 2007-2009.

La crisi degli anni 30 del '900

Nella crisi finanziaria degli anni Trenta ebbe un ruolo centrale il crollo del mercato borsistico di Wall Street nel 1929.

Si era creata una bolla speculativa, cioè un amento ingiustificato del valore dei prezzi a cui i titoli venivano scambiati, che non corrispondevano al valore fissato dalle imprese per quei titoli. Questo perché emettendo liquidità nel mercato, il prezzo aumenta.

Il prezzo che era salito all'improvviso incominciò a decrescere; la perdita di fiducia nella Borsa condusse molti investitori sul lastrico e le famiglie a consumare meno, e la diminuzione complessiva della domanda comportò la caduta dei prezzi dei beni (deflazione).

Si instaura un circolo vizioso: le imprese falliscono e i dipendenti non hanno risparmi da investire nel mercato finanziario.

Di fronte questo scenario, il Presidente Roosevelt impose una chiusura forzata delle banche per fermare la corsa al ritiro dei depositi.

In Europa, questo comportò anche il fallimento della banca austriaca, che contagiò anche una grande banca tedesca.

In Italia, invece, già prima del 1929 il sistema bancario fu colpito da fenomeni d'instabilità, dovuti alla debolezza economica, ma anche dal ripetersi di cattive gestioni e frodi da parte degli intermediari.

La Società generale di credito mobiliare, che finanziava la costruzione d'impianti industriali attraverso l'acquisto di azioni e obbligazioni, entrò in crisi. Tale istituto avrebbe dovuto avere una raccolta a medio e a lungo termine, ma le sue passività erano composte in prevalenza da depositi.

Esplose lo scandalo della Banca Romana, accusata di aver duplicato il numero di serie dei suoi biglietti.

Crollarono la Banca Generale e diverse altre banche, comprese alcune casse di risparmio.

In Italia si registrò una crisi del settore manifatturiero e le difficoltà industriali produssero effetti negativi anche sul sistema bancario a causa del legame fra imprese e banche.

Le 3 banche miste (Credito Italiano, Banca Commerciale e Banco di Roma) erano titolari di pacchetti azionari di controllo delle imprese e anche le imprese, a loro volta, avevano acquistato azioni delle banche.

Questo pericoloso intreccio partecipativo era difficile da risolvere: le banche possedevano, per il tramite delle industrie controllate, le loro stesse azioni. Il crollo del valore delle azioni delle imprese condusse alla crisi del sistema bancario.

Le tre banche miste furono salvate, inizialmente, da un intervento pubblico, successivamente con l'assunzione del controllo da parte dell'Iri.

La crisi del 2007-2009

La crisi finanziaria globale è iniziata nel 2007. I primi problemi si sono manifestati nel mercato interbancario e in quello degli strumenti finanziari, come le asset backed securities emesse nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione.

Con le cartolarizzazioni un blocco di crediti è ceduto a uno Special purpose vehicle che emette titoli; il rimborso dei titoli è collegato a flussi rivenienti dall'incasso dei crediti.

Questa tecnica finanziaria ha origine negli Stati Uniti negli anni 70 del '900 e negli anni seguenti tale tecnica fu favorita per facilitare l'acquisto delle abitazioni da parte dei cittadini.

La diffusione delle cartolarizzazioni ha creato distorsioni nel mercato del credito: la possibilità di trasferire al mercato il rischio creditizio aveva portato le banche a scelte gestionale poco prudenti nella concessione dei prestiti, infatti non era stata fatta una valutazione corretta del merito creditizio e vi era un elevato rischio di mancato pagamento delle rate di rimborso dei mutui.

A questo si aggiungeva la scarsa trasparenza delle operazioni.

I titoli derivanti da una cartolarizzazione, inoltre, potevano essere oggetto di una nuova operazione di cessione: si dava luogo a cartolarizzazioni di cartolarizzazioni. E nelle cartolarizzazioni di secondo o terzo livello è difficile valutare i titoli emessi dal veicolo, a causa della lontananza del sottostante.

I problemi nelle cartolarizzazioni hanno provocato tensioni nel mercato interbancario, ad esempio è stata colpita la banca inglese Northern Rock (attraverso corsa al ritiro dei depositi) e la banca d'investimento statunitense Bear Stearns.

La raccolta della Northern Rock era composta solo in parte da depositi, infatti per finanziare la sua attività la banca raccoglieva fondi nel mercato interbancario. Nel momento di maggiore incertezza del mercato interbancario e di quello dei titoli cartolarizzati, la Northern Rock ha avuto difficolta a rifinanziare la sua operatività, subendo una crisi di liquidità.

Nel 2008 la crisi si estese. Il Governo statunitense nazionalizzò Fannie Mae e Freddie Mac: le due agenzie erano insolventi a causa dell'incapacità dei debitori di rimborsare i mutui ipotecari. La Bank of America acquisì la banca d'investimento Merill Lynch, che aveva accusato perdite su tali mutui. Poi emerse la situazione di illiquidità della banca d'investimento Lehman Brothers, la quale non beneficiò di un intervento pubblico e fu sottoposta all'ordinaria procedura concorsuale di ristrutturazione delle imprese.

La scelta del Tesoro americano di lascia salire Lehman Brothers condusse al crollo della Borsa e al blocco del mercato interbancario.

La Goldman Sachs e la Morgan Stanley chiesero l'autorizzazione ad operare come bank holding companies, cioè come società al vertice di un gruppo bancario, soggette alle regole delle banche commerciali, per poter accedere alle facilitazioni creditizie della Federal Reserve.

Sul finire del 2009, sono emersi i primi segnali di crisi dei titoli del debito sovrano. All'inizio le tensioni hanno interessato Grecia, Irlanda e Portogallo, Paesi dove il debito pubblico era cresciuto e che hanno incontrato difficolta ad accedere ai mercati per emettere titoli. Si è, quindi, accresciuto il divario fra i tassi d'interesse sui titoli dei tre Paesi e i rendimenti dei titoli delle nazioni considerate più affidabili (come la Germania).

Le ragioni del legame fra tensioni nel mercato dei titoli di debito sovrano e difficolta degli intermediari sono:

- le banche dei Paesi che hanno registrato un aumento dello spread hanno sopportato un aumento del costo della raccolta: hanno dovuto offrire rendimenti più elevati sulle passività far fronte ad un accesso più difficile al mercato interbancario.
- I mercati hanno penalizzati gli intermediari dei Paesi con elevato debito pubblico, perché è diminuita la fiducia nella loro solvibilità.
- le banche detenevano nei portafogli rilevanti quantità di titoli pubblici nazionali: quando il valore dei titoli è sceso, a causa del pericolo default dello Stato, i bilanci elle banche ne hanno sofferto.
- le banche usano titoli in portafoglio come collateral nelle operazioni di mercato aperto con la Banca centrale. Il valore dei collateral è diminuito, rendendo più oneroso, per le banche dei paesi con tensioni nel mercato dei titoli pubblici, il rifinanziamento presso la Bce.

L'intervento degli Stati a seguito delle crisi finanziarie

Di fronte tali crisi, gli Stati sono intervenuti per sostenere l'industria finanziaria in difficoltà e contrastare gli effetti depressivi sull'economia.

Le banche centrali hanno svolto un ruolo fondamentale, sia attraverso la leva della politica monetaria, sia attraverso interventi di sostegno di singoli intermediari in difficolta attraverso il credito di ultima istanza.

Inoltre, gli Stati hanno sostenuto l'economia soprattutto con i salvataggi di banche e di altri intermediari. Gli Stati hanno concesso finanziamenti straordinari oppure hanno acquisito quote di di controllo delle banche (come ha fatto l'Iri).

La crisi ha dato luogo non solo ad interventi diretti dello STATO nell'economia, ma anche a riforme delle regole che riguardano i sistemi finanziari.

Dopo la Grande depressione degli anni 30, infatti, si sottolineò la necessità di regole speciali e di controlli pubblici sulle imprese bancarie. Se, da un lato, questo è indubbio, dall'altro, sono cambiate le regole e gli assetti dei controlli pubblici nel corso del tempo.

Vigilanza strutturale e vigilanza prudenziale

Nell'ambito della vigilanza distinguiamo:

- **vigilanza strutturale**: interviene nella struttura del mercato;
- **vigilanza prudenziale**: controlla il grado di rischio dell'attività bancaria.

Tipici interventi strutturali sono quelli che pongono vincoli all'entrata e all'uscita dal mercato, ma anche ai tipi di attività che possono essere svolti (es. autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria).

I controlli pubblici, infatti, erano un tipico strumento di vigilanza strutturale, perché venivano utilizzati come strumenti che tenevano sotto controllo l'attività bancaria ponendo delle barriere all'ingresso al mercato bancario, venivano imposte delle riserve obbligatorie, veniva vietata la possibilità di conferire l'erogazione del credito che superasse un certo ammontare.

Un altro strumento di vigilanza strutturale è rappresentato dalle regole di specializzazione (utilizzato soprattutto in passato in Italia per distinguere le aziende di credito che operavano a breve termine dalle aziende di credito che operavano a medio e a lungo termine).

I controlli prudenziali, invece, pongono vincoli sui rischi che gli intermediari possono assumere in relazione alla loro situazione patrimoniale, finanziaria e organizzativa (es. limiti che stabiliscono un determinato rapporto fra l'ammontare del patrimonio e l'ammontare dell'attivo).

Dagli anni 80 in poi sono state usate in misura maggiore le regole di vigilanza prudenziale.

La discrezionalità delle autorità

A questo si aggiunge la distinzione fra:

- **regole discrezionali**: attribuiscono alle autorità di controllo il potere di scegliere discrezionalmente la regola da applicare rispetto al singolo caso;
- **regole automatiche**: vincolano le decisione delle autorità alla sussistenza di determinati presupposti oggettivi.

L'ampiezza della discrezionalità incide sul grado di libertà dell'esercizio dell'attività e sulla concorrenza del mercato bancario. L'autonomia imprenditoriale, infatti, è maggiormente compressa quando l'autorità amministrativa può intervenire su singole scelte gestionali e quando non sono definiti ex ante i parametri che devono essere utilizzati dall'autorità per decidere.

La discrezionalità non può essere esclusa, ci deve essere, anche se in Italia è diminuita nel corso del tempo, soprattutto sotto la spinta europea per la creazione di un mercato unico, fondato sui principi della cancellazione delle barriere fra gli Stati e della libera concorrenza fra le imprese.

I modelli della supervisione pubblica

Sono cambiate le autorità preposte alla supervisione.

In tutti gli ordinamenti, tali autorità devono essere distinte dall'apparto amministrativo dello Stato e devono essere indipendenti dal potere politico. Questo per vari motivi:

- perché si richiede un'elevata competenza tecnica;
- perché si vuole limitare l'influenza dei partiti su scelte riguardanti l'attività imprenditoriale;
- perché si vuole assicurare una maggiore continuità delle scelte della supervisione;
- perché si vuole rafforzare la credibilità delle politiche di vigilanza.

Innanzitutto, la Banca centrale europea è nata per garantire la stabilità monetaria, ma oggi svolge un ruolo fondamentale in tema di vigilanza. Le competenze, che prima erano di esclusiva competenza della Banca d'Italia, oggi sono state in parte trasferite alla Bce (anche se nella maggior parte dei casi, tali autorità collaborano).

A questo si aggiungono le Autorità amministrative indipendenti, considerate la longa manus del governo, infatti nascono per la difficoltà del governo di disciplinare e controllare alcuni settori sensibili. Vengono considerate come enti paragiurisdizionali, in quanto sono organismi che esercitano tutte e tre i poteri fondamentali, ma non hanno una copertura a livello costituzionale (e per questo comportano qualche dubbio in tema di legittimità).

Nel 2013, con l'approvazione del Meccanismo di vigilanza unico fra i paesi dell'area euro, si è scelto di affidare poteri di vigilanza sulle banche significative alla Bce.

In tema di distribuzione di competenze fra autorità, distinguiamo 3 modelli:

- **modello di supervisione per finalità**: le autorità deputate a controllare la stabilità delle banche sono diverse da quelle che perseguono altri obiettivi, come la trasparenza dei mercati mobiliari.
- **modello di supervisione settoriale**: vengono attribuiti poteri di controllo ad una sola autorità per ogni tipo di intermediario (ad es., in Italia, tale vigilanza si applica alle imprese assicurative; basti pensare all'Ivass).

- **modello di supervisione accentrato**: vi è un'unica autorità che si occupa di perseguire sia la stabilità del sistema bancario, sia della trasparenza dei mercati mobiliari, oltre che effettuare la supervisione pubblica su tutto il novero degli intermediari finanziari (es. nel Regno Unito la Fsa).

Capitolo VII

L'evoluzione dei controlli

La prima disciplina del 1926 sottopose le aziende di credito, che raccoglievano depositi, a norme speciali e controlli pubblici. Infatti, la legge stabilì regole minime per controllare l'accesso al mercato e l'espansione delle aziende di credito.

Questo intervento, però, si rivelò insufficiente per affrontare la crisi degli anni 30 derivante dalla Grande depressione.

La legge bancaria del 1936, infatti, si presentò più estesa ed adeguata.

Essa precisava che la raccolta del risparmio in tutte le sue forme ha funzione di pubblico interesse (art 1).

I compiti di vigilanza sulle banche vennero affidate a:

- Comitato dei ministri (organo politico);
- Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito.

Tali autorità vennero successivamente sostituite:

- l'Ispettorato fu sostituito dalla Banca d'Italia;
- il Comitato dei ministri fu sostituito dal Cicr: comitato ristretto di ministri con competenze specifiche in materia di economia. La legge bancaria affidava al Cicr compiti deliberativi in materia regolamentare, su proposta della Banca d'Italia, oltre che alcuni poteri specifici, come il parere in merito alle proposte della Banca d'Italia sull'adozione di provvedimenti di amministrazione straordinaria o di liquidazione coatta amministrativa.

La Banca d'Italia ha rappresentato l'istituzione più importante nel sistema dei controlli pubblici sulle banche.

La legge bancaria del 1936 si limitava ad attribuire dei poteri di controllo alle autorità, senza prevedere le finalità che questi poteri dovevano perseguire.

Una legge che non prevede tali finalità non è coerente con il principio di coretto funzionamento delle amministrazioni.

Questo assetto di poteri ha comportato un'accentuata elasticità delle norme ed ha rappresentato un punto di forza per la normativa bancaria, consentendo l'aggiornamento degli strumenti di vigilanza nel tempo.

La mancanza di indicazioni sugli obiettivi da perseguire è rimasta anche dopo la nascita della Costituzione che, all'art 47, afferma che"la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito".

La norma rappresenta la legittimazione dei sistemi di controlli pubblici e fornisce un'indicazione generale sui modi in cui il risparmio deve essere tutelato.

Come sappiamo, il sistema bancario influisce su tutta la collettività e non riguarda solo i risparmiatori, quindi il sistema di controlli pubblici non è giustificato solo dall'esigenza di tutelare i piccoli risparmiatori, ma mira a garantire la stabilità finanziaria.

Infatti, all'indomani della crisi degli anni '30, la stabilità finanziaria rappresentava l'obiettivo principale dell'ordinamento, tanto che alla luce di questa era sacrificata la libertà d'iniziativa economica.

La stabilità veniva perseguita attraverso provvedimenti discrezionali che limitavano l'autonomia imprenditoriale delle banche. Le autorità, infatti, limitavano la concorrenza, affermando che la competizione eccessiva avrebbe portato all'instabilità.

A questo scopo, vennero introdotti controlli molto rigidi, che appunto rendevano quasi del tutto inesistente la concorrenza.

Tali controlli erano:

- controlli sull'accesso al mercato: autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria; autorizzazione all'acquisto di partecipazioni rilevanti; apertura di sportelli (oggi irrilevanti).
- controlli sull'attività: vincoli di specializzazione e autorizzazioni caso per caso sui principali atti di gestione.
- controlli sull'uscita dal mercato: gestione della crisi.

Tali controlli erano espressione di una vigilanza strutturale, caratterizzata da vincoli di specializzazione e autorizzazioni sui principali atti di gestione.

I vincoli di specializzazione erano due:

- fra **attività a breve termine** (aziende bancarie) e **attività a medio e lungo termine** (istituti di credito speciale, i quali non raccoglievano in forma di deposito e avevano vincoli operativi, cioè ogni settore si occupa di una specifica disciplina);
- **separatezza fra banca e industria**: nessuna banca poteva essere comprata da un industria e nessuna industria poteva comprare quote significative nel capitale di un'impresa bancaria. Una volta che la banca pubblica fu trasformata in spa, la legge Amato stabilì che nessun industriale poteva acquistare il 15% o comunque il controllo di una banca. a differenza del resto del mondo dove vi era la banca universale, e soprattutto la banca mista. In Italia non c'era il modello della banca mista ed era la Banca d'Italia che autorizzava la banca ad acquistare partecipazioni in industria (oggi la banca d'Italia non può negare tale autorizzazione a propria discrezionalità, perché servono chiare motivazioni).

Alcuni poteri della Banca d'Italia, nati come strumenti di vigilanza, sono stati usati come strumenti di politica monetaria. Si introdusse:

- la riserva obbligatoria: oggi è uno strumento di politica monetaria. La banca d'Italia poteva imporre alle banche di depositare presso di lei una certa quota della raccolta in depositi. È uno strumento di politica monetaria perché se innalziamo la riserva obbligatoria (es. dal 10 al 20%), riduciamo la massa monetaria in circolazione in quanto viene imposto a tutte le banche (è una

misura generale). Sembrava essere uno strumento di vigilanza perché più innalziamo la riserva più stiamo sicuri che la banca non fallisca, invece non é così.

- il massimale sugli impieghi (anche questa era una misura generale): la banca non poteva fare prestiti sopra un certo ammontare. Oggi non esiste più e ci sono le operazione di mercato aperto.
- il vincolo di portafoglio: le banche erano obbligate ad investire una parte della raccolta in titoli indicati dall'autorità creditizia.

L'evoluzione della supervisione sulle banche in Italia dagli anni 80 del 900

Dalla vigilanza strutturale siamo passati alla vigilanza prudenziale.

Per garantire maggiore efficienza, si favorì l'accesso a nuovi intermediari bancari, ma si abbandonarono anche strumenti di vigilanza e vincoli che rendevano il mercato bancario ingessato (anche perché in Europea non c'erano tutti questi vincoli).

In passato, infatti, le aziende di credito non potevano né costituirsi, né iniziare operazioni in assenza di autorizzazione da parte dell'Ispettorato.

Il sistema prevedeva una doppia autorizzazione: la prima per costituire l'istituto di credito e la seconda per iniziare le operazioni bancarie e, quindi, esercitare l'attività creditizia.

Con la prima direttiva di coordinamento in materia bancaria (dir 77/780/CE), recepita in Italia nel 1985, invece furono ridotti i vincoli all'accesso al mercato del credito: da quel momento in poi l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria deve essere concessa in presenza di requisiti oggettivi, stabiliti in maniera uniforme per tutti i Paesi aderenti alla Comunità europea.

Con la seconda direttiva di coordinamento del 1989 vennero abrogati i vincoli di specializzazione temporali ed operativi; l'unico vincolo rimasto del precedente impianto normativo era la separatezza proprietaria fra banca e industria, abrogato nel 2008.

La cancellazione dei principali controlli strutturali e la limitazione della discrezionalità delle autorità di vigilanza hanno consentito l'attenuazione dei controlli sull'espansione territoriale delle banche.

Agli inizi degli anni 90 è stato introdotto il principio del SILENZIO ASSENSO per il rilascio dell'autorizzazione; il potere della Banca d'Italia di negare l'autorizzazione all'apertura di succursali è stato circoscritto ai casi in cui i programmi di espansione territoriale delle banche non risultassero compatibili con le condizioni tecnico-organizzative aziendali.

L'accordo di Basilea del 1988 e il coefficiente di solvibilità

Gli strumenti di vigilanza prudenziale hanno avuto origine nell'accordo sottoscritto a Basilea, che imponeva il coefficiente di solvibilità: è una regola matematica che obbliga le banche ad avere un rapporto pari all'8% fra il patrimonio (capitale sociale + riserve) e il complesso delle attività ponderate al rischio di perdita per inadempimento dei debitori.

Infatti, le autorità si resero conto della necessità di affermare regole patrimoniali uniformi a livello internazionale, innanzitutto per evitare una concorrenza al ribasso nella scelta di regole prudenziali che avrebbe potuto comportare instabilità.

La Banca d'Italia, dopo aver verificato che una determinata impresa sta svolgendo un'attività altamente rischiosa, può aumentare il coefficiente di solvibilità, attraverso l'esercizio della vigilanza regolamentare.

Inoltre, le regole di patrimonializzazione minima permetteva di costituire un cuscinetto di sicurezza, con delle riserve da utilizzare in caso di perdita, evitando che una situazione di illiquidità si trasformi in insolvibilità vera e propria provocando crisi sistemiche globali.

I coefficienti di solvibilità hanno anche la funzione di limitare il moral hazard di azionisti e amministratori delle banche, perché aumentano le risorse finanziarie che essi devono investire nelle banche e che possono andare perdute nel caso in cui gestioni eccessivamente rischiose portino al fallimento dell'intermediario.

Se una banca ha poco capitale, i costi del fallimento sono pagati dai depositanti e, più precisamente, dai sistemi di assicurazione dei depositi. Di conseguenza, in condizioni di bassa capitalizzazione, gli amministratori bancari preferiscono politiche di gestione rischiose, che in caso di successo portano ad alti rendimenti.

Ecco perché tali coefficienti inducono ad una gestione prudente; l'8%, infatti, serve a stabilire una franchigia.

Più i prestiti sono rischiosi, più il capitale viene aumentato.

Il tub del 1993

Nel 1993, il legislatore cercò di riordinare la disciplina bancaria con il testo unico bancario, che ancora oggi rimane la disciplina di riferimento.

L'impianto della supervisione pubblica rimane inalterato, infatti le autorità non cambiano e continuano ad avere poteri discrezionali e non vengono definiti in concreto gli strumenti di vigilanza.

Il tub, poi, ha abrogato molte leggi speciali ed ha sostituito la legge del 1936.

All'art 5 tub sono state definite le finalità che le autorità preposte al controllo devono perseguire e sono: la stabilità, l'efficienza, la competitività del sistema finanziario, la sana e prudente gestione, l'osservanza delle disposizioni in materia creditizia.

La concorrenza è un obiettivo che si pone a metà strada:

- è presupposto per un sistema efficiente
- e, nel lungo periodo, anche per la sua stabilità.

Alla luce della concorrenza si può leggere il richiamo alla competitività e l'emanazione della disciplina antitrust, che comprende le imprese bancarie.

In questa logica si spiegano anche gli obblighi di trasparenza imposti fra banca e cliente, soprattutto la pubblicità ex ante dei prezzi dei servizi bancari, al fine di migliorare l'efficienza del sistema bancario.

Alla luce di queste finalità, la concorrenza non può essere limitata; anzi, il tub, proprio per preservarla, delimitata i poteri delle autorità in materia di rilascio dell'autorizzazione per l'accesso al mercato.

Fra gli obiettivi abbiamo anche la sana e prudente gestione:

- **sana**: non ci devono essere conflitti d'interesse;
- **prudente**: attività coerente alla struttura finanziaria ed organizzativa, cioè l'attività bancaria deve essere svolta secondo un apprezzamento consapevole dei rischi.

Infine, fra le finalità abbiamo l'osservanza delle disposizioni in materia creditizia: vuol dire limitare il controllo delle autorità creditizie al rispetto delle norme attinenti solo all'ordinamento bancario; invece, queste autorità non possono esercitare un controllo generale sulla legittimità dell'operato degli intermediari.

L'art 5 non prevede una gerarchia fra le finalità della vigilanza, infatti il contemperamento degli interessi spetta alla discrezionalità delle autorità creditizie, che devono esercitarlo nel rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa.

La definizione delle finalità permette anche di distinguere fra funzioni di vigilanza e funzioni di politica monetaria.

Con l'emanazione del tub, infatti, le funzioni di vigilanza della Banca d'Italia sono state scisse da quelle di politica monetaria: inizialmente, con l'art 147 tub, era consentito alla Banca d'Italia esercitare funzioni di politica monetaria (riserva obbligatoria, vincolo di portafoglio e massimale sugli impieghi); oggi, invece, queste potestà sono state inserire in un distinto provvedimento legislativo e la politica monetaria fa capo ad organismi europei di cui fa parte anche la Banca d'Italia.

L'evoluzione degli strumenti prudenziali negli anni Novanta

Le regole di patrimonializzazione, introdotte dal Comitato di Basilea del 1988, precisano che l'adeguatezza patrimoniale, anche se importante, non è l'unico fattore che garantisce la solidità delle banche.

Innanzitutto, l'obiettivo delle autorità creditizie non è quello di stabilire un ammontare ottimo di patrimonio, ma solo una soglia minima al di sotto della quale la banca non può operare.

Il coefficiente patrimoniale, però, fornisce solo un indizio della solidità della banca, ma quest'ultima dipende anche da altri fattori.

In un'ottica prudenziale, infatti, la Banca d'Italia deve tener conto, oltre che dell'adeguatezza patrimoniale, del contenimento dei rischio, delle partecipazioni detenibili, dell'organizzazione e dei controlli interni.

Dopo l'emanazione del tub sono state introdotte regole che prevedono altri requisiti patrimoniali, oltre il coefficiente di solvibilità: è stato imposto alle banche il rispetto di un requisito patrimoniale minimo a fronte dei rischi di mercato ed è stato anche stabilito un requisito patrimoniale minimo complessivo.

Poi sono state introdotte regole sull'organizzazione, cioè l'esigenza di garantire un'organizzazione adeguata ad un efficace controllo dei rischi. Addirittura, l'autorità di vigilanza non si limita a verificare il rispetto delle regole prudenziali, ma estende i suoi controlli alla qualità della gestione.

Nel sistema dei controlli assume importanza la vigilanza informativa, con la quale la banca può essere posta sotto controllo attraverso indicatori riguardanti la patrimonializzazione, i rischi assunti, la redditività, la liquidità e l'organizzazione.

La situazione complessiva della banca, inoltre, è necessaria anche nell'ambito dei controlli di tipo autorizzato (la Banca d'Italia, prima di rilasciare l'autorizzazione, controllo il patrimonio, la qualità dei soggetti, la capacità di rimanere sul mercato).

L'accordo di Basilea del 2004

Alla luce di diverse critiche all'accordo di Basilea nel 1988, si arriva all'accordo di Basilea del 2004, fondato su tre pilastri: i requisiti patrimoniali minimi, il controllo prudenziale dell'adeguatezza patrimoniale e la disciplina del mercato.

Il primo posto riguarda i meccanismi che garantiscono livelli di patrimonializzazione minimi in rapporto all'attività, attraverso più precisi meccanismi di definizione.

A differenza di Basilea 1, che considerava solo il rischio di credito (cioè il rischio derivante da un eventuale inadempimento o ritardo da parte dei debitori nel restituire il prestito), Basilea 2 estende il novero dei rischio, considerando anche:

- il rischio di mercato: dipende dall'andamento del mercato di capitali;
- il rischio operativo: dipende da eventi esterni ed eccezionali (es. terremoto).

Rispetto a quanto previsto dal precedente Accordo, le regole di Basilea 2 sul patrimonio restano invariate nella definizione di coefficiente patrimoniale e nella misura minima dell'8%. Le differenze intervenute nella misurazione delle attività ponderate al rischio, attraverso l'introduzione di nuovi metodi più puntuali per la valutazione della rischiosità, associano più strettamente il patrimonio di vigilanza al merito creditizio delle esposizioni, quindi alla misura effettiva del rischio sopportato. Si consente alle banche, infatti, il giudizio di rating (il rating è l'insieme di procedure di analisi e di calcolo grazie al quale una banca valuta quanto un cliente sia rischioso e quanto sarà produttivo in futuro, se gli venisse concesso il credito che chiede).

Il secondo pilastro si concentra sugli aspetti qualitativi della gestione, infatti vi rientra il controllo prudenziale dell'adeguatezza patrimoniale:

- le banche devono dotarsi di una struttura organizzativa di gestione dei rischi, che conto anche dei rischi non presi in considerazione nei requisiti minimi e del possibile impatto di situazione congiunturali avverse;

- l'Autorità di vigilanza formula un giudizio complessivo sulla banca e attiva misure correttive, valutando il procedimento interno di determinazione dell'adeguatezza patrimoniale la capacità degli intermediari di assicurare la conformità ai requisiti patrimoniali obbligatori.

Il terzo pilastro è rappresentato dai controlli del mercato. Tale obiettivo viene perseguito attraverso la richiesta di una maggiore trasparenza informativa da parte delle banche, concernente la pubblicazione di un articolato set di dati in materia di valutazione dei rischi e di procedure gestionali.

La disciplina del mercato rimane comunque uno strumento complementare rispetto ai controlli prudenziali.

La vigilanza dopo la crisi finanziaria del 2007

La crisi finanziaria del 2007 ha reso indispensabile una profonda riflessione sull'assetto regolamentare e sulla supervisione del settore finanziario.

Il Comitato di Basilea, nello sforzo continuo di rinforzare lo schema di regolamentazione bancaria, è pervenuto alla definizione di un nuovo assetto regolamentare denominato Basilea 3.

Il dibattito si è incentrato su alcune caratteristiche del sistema finanziario che lo avevano reso fragile e sull'incapacità della regolamentazione di evitare il propagarsi della crisi.

Innanzitutto, è stato dibattuto l'innalzamento dei requisiti patrimoniali, soprattutto alla luce della necessità di garantire la stabilizzazione del sistema finanziario.

Le soluzione approvate in Basile 3, però, mantengono il requisito patrimoniale complessivo dell'8% e confermano il sistema per il calcolo della rischiosità dell'attivo, prevedendo un notevole rafforzamento del patrimonio delle banche.

I correttivi introdotti da Basilea 3, invece, riguardano gli strumento che possono essere computati nel patrimonio, l'innalzamento dei requisiti minimi riferirti agli elementi del patrimonio di migliore qualità, il sistema delle ponderazioni, un metodo di calcolo più severo.

L'innalzamento della patrimonializzazione deriva anche dall'imposizioni di buffers di capitale che vengono aggiunti al patrimonio complessivo per fronteggiare i rischi dell'attivo:

- la riserva di conservazione del capitale: impone alle banche di avere un ammontare aggiuntivo al capitale rispetto al requisito patrimoniale complessivo calcolato a fronte dei rischi del proprio attivo, cui è possibile attingere in caso di crisi del mercato.
- riserva anticiclica: per contenere i rischi derivanti da un aumento eccessivo del credito nei periodi di espansione economica.
- richiesta di una dotazione patrimoniale specifica per le banche di grandi dimensioni: a causa delle conseguenza negative che il loro fallimento potrebbe comportare all'intero sistema economico.
- riserva di capitale a fronte del rischio sistemico, che può essere imposto agli Stati membri.

Una novità è l'introduzione di un coefficiente di leva finanziario (rapporto fra capitale e riserve e il totale delle attività), cioè un vincolo patrimoniale non ponderato per il rischio, al fine di limitare l'eccesso indebitamento.

Altra novità è prevista in materia di risanamento e risoluzione: le banche devono avere un ammontare minimo di passività che possono essere soggette a riduzione o conversione in azioni nell'ambito delle procedure di gestione della crisi di una banca (bail-in).

L'ammontare del patrimonio che le banche devono detenere non è determinato solo da disposizioni regolamentari generali, ma anche in funzione dell'esito del controllo prudenziale svolto dall'autorità di vigilanza in applicazione del secondo pilastro di Basilea 2.

L'autorità di vigilanza può imporre alla banca di detenere fondi propri superiori ai minimi regolamentari sulla base di alcuni presupposti, come il mancato rispetto delle regole di vigilanza prudenziale o il pericolo del loro mancato rispetto.

Altro tema dibattuto sono stati i vincoli di specializzazione.

Si è contrastata la banca universale, innanzitutto perché l'esercizio congiunto di attività bancaria tradizionale e attività d'investimento comporterebbe una crescita esagerata della banca, e gli intermediari troppo grandi sono difficili da controllare.

Inoltre, questo comporterebbe anche un eccessivo intervento pubblico nelle crisi. Secondo tale impostazione, dovrebbe essere salvate solo le banche che, raccogliendo risparmio con il deposito, possono essere soggette ad una crisi di panico fra i risparmiatori (corsa agli sportelli). Esse devono essere salvate perché svolgono attività d'intermediazione tradizionale, che è fondamentale nei sistemi economici; invece, l'attività nei mercati mobiliari (definita speculativa) può essere lasciata ai normali meccanismi del mercato, anche in situazioni di crisi.

Alcuni Paesi, però, hanno mostrato dei dubbi riguardo l'efficacia di queste regole, tenendo conto anche che sono entrati in difficoltà molti intermediari che operavano solo nel settore dell'intermediazione mobiliare (es. Lehman Brothers).

Ecco che i vincoli di specializzazioni sono stati introdotti solo in alcuni Paesi, come Stati Uniti e Regno Unito.

In Europa, la Commissione europea ha proposta una riforma per assicurare la distinzione fra l'attività bancaria tradizionale (raccolta di depositi ed erogazione del credito) e quella di trading in conto proprio e altre tese a garantire un'adeguata valutazione dei rischi derivanti dall'attività di trading per conto di terzi.

Fino ad oggi, le regole di specializzazione sono state limitate a quei sistemi dove è sviluppata l'attività di intermediazione mobiliare; le proposte regolamentari europeo prevedono l'applicazione di regole di specializzazione solo alle banchi di grandi dimensioni.

Altro dibattito ha riguardato i limiti all'operatività e i divieti all'innovazione finanziaria, soprattutto le operazioni di cartolarizzazione.

In realtà, si è ritenuto che la vera soluzione non è quella di vietare, ma di disincentivare un uso distorto dei prodotti finanziari, come è avvenuto con le nuove regole sulle cartolarizzazioni.

In particolare, il principale problema delle cartolarizzazione è quello di consentire al mutuante di non conservare i rischi nel bilancio, e questo non solo indebolisce gli incentivi ad effettuare una corretta valutazione del merito creditizio, ma abbassa anche la qualità dei prestiti. Per limitare questo problema è stato imposto all'originator di coprire in via prioritaria le perdite prodotte dall'attività cartolarizzata attraverso la sottoscrizione di junior notes subordinate nel rimborso. In quest'ottica, l'accordo di Basilea 3 ha previsto un obbligo di retention di parte degli attivi ceduti nelle cartolarizzazioni.

Altro problema creato dalle cartolarizzazione è stato quello di generare informazioni asimmetriche nel mercato, a causa della complessità della catena di prodotti finanziari coinvolti nelle operazioni. Nell'accordo di Basile 3, infatti, sono stati introdotti degli incentivi per favorire una corretta valutazione del rischio dei titoli derivanti dalle cartolarizzazioni nel calcolo del patrimonio regolamentare degli intermediari. In particolare, è stata prevista una penalizzazione nella valutazione dei titoli di ricartolarizzazioni nel calcolo del patrimonio di vigilanza da detenere a fronte dell'attivo ponderato per il rischio.

Poi è sorta l'esigenza di limitare le remunerazioni degli amministratori, in quanto esiste un conflitto fra il beneficio che gli amministratori ottengono nel breve periodo e l'interesse ad una sana e prudente gestione della banca nel lungo periodo.

Per evitare il conflitto di interesse, la normativa europea ha fissati dei limiti alle remunerazioni incentivanti (cioè basate su strumenti finanziari (stock options) o collegati alla performance azionale) per garantire che la remunerazione dei top manager sia valutata, in modo approfondito e trasparente, dagli organi societari competenti.

Quindi, il quadro generale non modifica la vigilanza prudenziale degli anni Novanta, ma semplicemente Basilea 3 introduce dei correttivi e delle nuove regole a fronte dei rischi di liquidità.

La crisi finanziaria 2007-2008, infatti, aveva sottolineato che un buon sistema di supervisione è rappresentato anche da regole che consentono una liquidazione ordinata delle banche in caso di dissesto.

La diversità dei vari ordinamenti nazionali, però, ha comportato delle difficolta in materia di gestione della crisi di banche operanti a livello internazionale. Ecco perché sono stati proposti tentativi di armonizzazione.

La mancanza di regole comuni nella gestione della crisi, inoltre, ha comportato disparità di trattamento fra i risparmiatori, alternano le condizioni concorrenziali all'interno del mercato europeo. Inoltre, la maggior parte degli Stati ha cercato di salvare le banche in difficolta con risorse pubbliche.

Ma, i Governi europei, pur affermando che l'intervento pubblico in caso di crisi sistemiche è inevitabile, hanno cercato di limitare il peso sopportato dai contribuenti.

La necessità di queste nuove regole in materia di gestione della crisi ha favorito un'accelerazione del processo di armonizzazione fra i Paesi dell'UE, infatti nel 2014 è stata approvata la direttiva che stabilisce un regime uniforme per il risanamento e la risoluzione delle banche.

Poi, il progetto della Banking Union ha dedicato ampio spazio alle crisi istituendo un Meccanismo di risoluzione unico delle banche.

La vigilanza dopo la crisi dei debiti sovrani del 2009-2012

Uno dei dibattiti maggiormente affrontati è stato quello di rafforzare il ruolo delle istituzioni europee. Sono nate quattro autorità:

- il Comitato europeo per il rischio sistematico, con poteri macro-prudenziali;
- tre autorità settoriali dedicate alla vigilanza micro-prudenziale su banche, intermediari mobiliari, assicurazioni e fondi pensione.

Nonostante si è voluto garantire un processo di armonizzazione delle regole bancarie a livello europeo, la riforma ha cercato un compromesso: ha lasciato molti poteri in capo alle singole autorità nazionali che hanno autorizzata la relativa banca all'esercizio dell'attività.

La scelta della Commissione di varare un progetto di Unione bancaria è stata determinata dalla crisi dei debiti sovrani in Europa.

La Commissione ha affermato che Paesi che condividono una moneta unica devono accentrare anche le competenze di supervisione sulle banche.

Quindi, la decisione di creare un sistema bancario unitario in Europa derivano non solo dalla necessità di garantire la solidità del sistema bancario e la stabilità finanziaria, ma anche dalla necessità di ristabilire la fiducia nell'euro dopo la crisi dei debiti sovrani.

La proposta della Commissione si basa su tre pilastri:

- meccanismo di vigilanza unico;
- meccanismo unico per la risoluzione delle banche in crisi;
- armonizzazione e rafforzamento dei sistemi di garanzia dei depositi.

Il Regno Unito non ha aderito al progetto della Banking Union.

Capitolo VIII

Le autorità del settore bancario

Il comitato di Basilea

Il Comitato di Basilea nasce su iniziativa dei governatori delle banche centrali dei Paesi appartenenti al G10, in seguito al fallimento di una banca tedesca, in quanto si percepirono le conseguenze che la crisi di un intermediario bancario avrebbe potuto comportare a livello globale.

Oggi, il Comitato è formato dai rappresentanti delle autorità di vigilanza bancaria e delle banche centrali di molti più Stati rispetto a quelli aderenti in origine; si riunisce a Basilea presso la Banca dei regolamenti internazionali.

Il Comitato stabilisce linee guida e standard di vigilanza che gli operatori bancari devono seguire.

Tali indirizzi costituiscono il soft law, ossia influenzano le scelte regolamentari dei vari Paesi al fine di creare un sistema di regole omogeneo, ma che non ha natura vincolante. Non sono diretti ai cittadini o alle imprese, ma agli organi politici e alle autorità nazionali competenti titolari di capacità normativa.

Tali standard sono stati poi trasferiti in direttive dell'Unione.

Il Financial stability board

Il Financial stability board ha origine dal G20 tenutosi a Londra nel 2009, ha sostituito il Financial stabilita forum e nasce per migliorare il coordinamento e lo scambio di informazioni fra le diverse istituzioni responsabili della stabilità finanziaria dei Paesi industrializzati.

Ad esso spetta il compito di fissare standard regolamentari comuni e di verificare la corretta applicazione delle regole, nonché di creare un sistema di preallarme per avvisare la comunità internazionale di una situazione di instabilità finanziaria.

Anche questi standard possono essere ricondotti nell'ambito della soft law.

I controlli pubblici in Europa

La realizzazione del mercato unico in campo bancario ha come obiettivo l'avvicinamento delle normative degli Stati membri dell'UE e l'eliminazione di rigidi vincoli.

Si vuole consentire l'accesso libero a tutti i soggetti che vogliono accedere all'attività bancaria, prevedendo allo stesso tempo controlli sulle banche più pregnanti dato che si comprende che le difficoltà del sistema bancario influiscono anche sul sistema economico e finanziario del Paese.

A questo si aggiunge la necessità di armonizzare a livello di regolamentazione a livello di controlli i Paesi dell'Ue. La seconda direttiva di coordinamento in materia bancaria, infatti, stabiliva una regola di armonizzazione minima e affermava il principio del mutuo riconoscimento:

- **armonizzazione minima**, perché una volta recepita la direttiva bisogna rispettare solo una regola minima comune, al di sotto della quale non si può scendere; ogni paese, però, potrebbe scegliere una regola più severa. Questo meccanismo avrebbe favorito armonizzazione tramite un meccanismo di competizione fra gli ordinamenti.
- **home country control**, grazie al quale le banche possono operare in tutto il territorio europeo sulla base dell'autorizzazione del Paese d'origine e sono soggette al controllo delle autorità di quest'ultimo.

Il principio del mutuo riconoscimento, però, ha un limite nel tutelare l'applicazione delle regole d'interesse generale del Paese ospitante.

Per consentire una vigilanza efficace, vennero previsti meccanismi di cooperazione multilaterale fra le autorità dei Paesi interessati.

Nel caso di operatività in più Paesi europei attraverso filiazioni, cioè banche nazionali vigilate in via principale dalle autorità del Paese dove sono insediate, la vigilanza consolidata, cioè sul gruppo nel suo insieme, è affidata alle autorità del Paese i cui è insediata la capogruppo.

Nonostante la creazione di un mercato unico bancario, rimaneva importanti differenza di regole dei vari Paesi europei.

Per accelerare il processo di armonizzazione, il "Rapporto dei saggi" promosse la nascita di nuovi organismi con competenze specifiche di ausilio alla Commissione.

Lo scopo era quello di ridurre la discrezionalità delle autorità nazionali nel recepimento della normativa europea, infatti venne stabilita una regola di **armonizzazione massima**, cioè gli Stati, nel recepire la direttiva, non possono stabilire regole diverse, neppure se più severe di quelle europee. La riforma lasciò intatto il sistema delle competenze per la supervisione, vene solo rafforzato l'obiettivo della cooperazione fra le autorità.

Un passo avanti si ebbe con la direttiva del 2006, che ha trasferito nell'ordinamento europeo i principi stabiliti dall'accordo di Basilea 2: viene mantenuto il principio dell'home country control, ma si stabilisce che per ogni gruppo bancario con filiazioni in più Stati europei debba essere costituito un collegio di supervisori composto da rappresentati delle autorità nazionali, soprattutto per favorire lo scambio di informazioni.

La crisi finanziaria del 2007 ha dato luogo ad una nuova riforma, modificando la precedente architettura della supervisione pubblica.

Il Sistema europeo di vigilanza finanziaria comprende 4 nuove istituzioni europee:

- il Comitato europeo per il rischio sistematico, che ha poteri di carattere macro-prudenziale;
- tre autorità dedicate alla vigilanza micro-prudenziale: l'autorità bancaria europea; l'autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati; l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali. Per il loro coordinamento è istituito il Comitato congiunto delle autorità europee di vigilanza.

Tale sistema non prevede l'accentramento dei poteri di vigilanza in capo ad autorità europee sovraordinate a quelle degli Stati membri, infatti continua a valere il principio dell'home country control.

Nel settembre 2012, la Commissione europea va verso la Banking Union, limitata ai Paesi dell'area dell'euro e agli altri Stati membri intenzionati ad aderirvi.

Tale scelta è dettata dal fatto che, in seguito alla crisi finanziaria, si era creato un pericoloso legale fra rischio del debito sovrano e debolezze del sistema bancario. Di conseguenza, in Paesi che condividono una moneta unica, è importante anche accentrare le competenze di supervisione sulle banche.

Obiettivo dell'unione bancaria è recuperare la fiducia dei risparmiatori nel sistema bancario, in quanto tale sfiducia comporta la corsa agli sportelli, con conseguente difficoltà delle banche di andare a rispondere alle richieste di rimborso.

La crisi bancaria comporta un effetto domino anche per le altre banche, non solo per la sfiducia generale, ma anche perché fra le imprese bancarie si determina un rapporto debito-credito.

Di conseguenza, la mancata possibilità di restituire da parte della banca comporta la difficoltà da parte dell'altra di eseguire le sue operazioni.

L'unione bancaria, quindi, vuole rendere il settore bancario più trasparente applicando in maniera coerente delle regole e dei principi comuni, soprattutto in materia di vigilanza e di risoluzione delle banche.

Proprio per questo, la Commissione europea ha approvato un progetto fondato su 3 pilastri:

- Meccanismo di vigilanza unico;
- Meccanismo di risoluzione unico;
- Sistema armonizzato di assicurazione dei depositi.

In secondo luogo, l'obiettivo è quello di rendere il sistema bancario più sicuro, andando ad intervenire nelle ipotesi in cui le banche si trovano in difficoltà e quindi risanare eventuali crisi evitando una loro estinzione.

Liquidazione coatta e amministrazione straordinaria, quindi, diventa strumenti di extrema ratio, poiché comportano proprio l'estinzione della banca. Oggi, invece, sono stati previsti strumenti di risoluzione.

Il Comitato europeo per il rischio sistematico

Il Comitato europeo per il rischio sistematico è un organismo senza personalità giuridica, insediato presso la Bce ma indipendente. Il principale organo decisionale è il Consiglio generale.

Ha il compito di ridurre la possibilità di rischi sistemici, di migliorare la resistenza del sistema finanziario, di favorire la stabilità finanziaria e di mitigare gli effetti di un'eventuale situazione di instabilità.

Il Cers può emanare raccomandazioni, che vengono inviate al Consiglio europeo o alla Commissione europea.

Non esiste un potere sanzionatorio, infatti se si rileva un rischio per l'integrità e il funzionamento del mercato finanziario, il Cers deve avvisare il Consiglio europeo, che attiva un apposito procedimento per definire la situazione di emergenza.

L'Autorità bancaria europea

L'Autorità bancaria europea è un'agenzia europea istituita con regolamento del Consiglio europeo.

I principali organi sono: il presidente; il direttore esecutivo; il Consiglio delle autorità di vigilanza, il quale definisce le politiche decisionali dell'autorità; i rappresentanti della Commissione europea, del Cers, della Bce e di altre due autorità di settore europee.

L'Abe ha diversi compiti:

- risolvere i casi di disaccordo fra i supervisori nazionali, quando si richiede un coordinamento;
- assicurare un'applicazione uniforme delle regole dell'Unione;
- svolgere un ruolo di coordinamento in situazioni di emergenza;
- potere di controllo sull'attuazione delle regole europee nei singoli ordinamenti.

Il ruolo più importante è quello regolamentare, attraverso il quale l'Abe redige un single rulebook della supervisione bancaria in Europa. In realtà, non si tratta di un potere regolamentare autonomo, ma queste proposte devono essere sottoposte all'approvazione della Commissione europea per acquisire valore giuridico.

Il potere regolamentare, però, rimane rilevante, in quanto la Commissione può modificare le proposte dell'Abe solo in casi limitati.

Poi, l'Abe coordina i lavori dei collegi, per rafforzare la supervisione e l'applicazione di regimi uniformi di vigilanza prudenziale dei gruppi bancari europei. L'Abe, inoltre, svolge un ruolo di mediazione giuridicamente vincolante per risolvere le controversie fra le autorità competenti.

L'Abe può intervenire per coordinare gli interventi in caso di gestione della crisi a livello europeo e può partecipare nello sviluppo e nel coordinamento i piani di risanamento e di risoluzione di imprese bancarie in crisi per limitare l'impatto sistemico di un fallimento.

Essa ha anche poteri in materia di sistemi di garanzia dei depositi.

L'Abe, inoltre, monitora i rischi e analizza, attraverso gli stress test, la solidità delle banche e la stabilità del sistema nel suo insieme.

L'Abe ha il potere di vietare alcune attività, per proteggere i consumatori e tutelare il buon funzionamento dei mercati.

A seguito del Mvu, l'Abe ha mantenuto i suoi poteri, infatti continua a svolgere un ruolo principale in campo normativo, contribuendo a creare un corpo unico di norme valido per tutti gli Stati membri e per rafforzare la vigilanza in tutta l'Unione.

Il meccanismo di vigilanza unico fra i Paesi dell'area dell'euro

Il regolamento UE n. 1024/2013 stabilisce un Meccanismo di vigilanza unico per le banche dell'area euro (gli altri Stati membri possono aderirvi attraverso accordi di cooperazione rafforzata), senza creare una nuova autorità di vigilanza europea, ma semplicemente disciplinando l'esercizio unitario della vigilanza sulle banche da parte della Bce e delle autorità nazionale.

Anche se sussiste un coordinamento fra queste funzioni, la Bce ha un ruolo preminente, infatti è quest'ultima responsabile dell'efficace funzionamento del Mvu; questo per due motivi:

- sia per evitare di creare un nuova autorità di vigilanza europea, che avrebbe avuto sicuramente poteri discrezionali più limitati rispetto alla Bce;
- sia perché la Bce già è un'istituzione con una reputazione già consolidata sui mercati finanziari.

L'Unione bancaria ha adottato un criterio quantitativo che permette di sottoporre le banche significative (cioè quelle che superano determinati requisiti patrimoniali) alla vigilanza diretta da parte della Bce; invece, le banche non significative sono sottoposte alla vigilanza diretta delle autorità di vigilanza nazionali e alla vigilanza indiretta della Bce.

Anche nell'esercizio diretto della vigilanza da parte della Bce sulle banche significative, esiste un ausilio da parte delle autorità nazionali (come la Banca d'Italia). Questo perché, di fatto, la Bce ha difficoltà nell'andare a garantire l'applicazione della normativa nazionale, infatti questo meccanismo unico di vigilanza deve comportare un intreccio di regole nazionali e sovranazionali. Questa collaborazione avviene attraverso un continuo scambio di informazioni fra la Banca d'Italia e la Bce.

I poteri della Bce si limitano comunque alla vigilanza prudenziale sulle banche, quindi alle autorità nazionali spettano tutte quelle materia non riconducibili direttamente a questa materia (es. protezione dei consumatori; contrasto al riciclaggio; servizi di pagamento).

L'art 4 del regolamento elenca i compiti che spettano alla Bce: autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e all'acquisizione di partecipazione al capitale delle banche; controllo sul rispetto dei requisiti prudenziali; segnalazione e informativa al pubblico di tutte queste informazioni.

La Bce deve assicurare il rispetto delle regole del governo societario, come: il controllo dei requisiti di professionalità e di onorabilità delle persone preposte all'amministrazione delle banche; le norme sulla gestione del rischio; il controllo interno; le politiche di remunerazione e la valutazione dell'adeguatezza del capitale interno.

La Bce effettua valutazioni prudenziali per garantire che i meccanismi e le strategie delle banche siano adatti per una gestione solida e per coprire i rischi. A questo scopo può imporre obblighi specifici in materia di fondi propri aggiuntivi, requisiti informativi e di liquidità.

La Bce ha anche poteri di vigilanza relativi ai piani di risanamento e alle misure di intervento precoce; può prevedere cambiamenti strutturali per prevenire il fallimenti, ad esclusione dei poteri di risoluzione.

La Bce esercita una vigilanza consolidata e supplementare:

- esercita la vigilanza su base consolidata sulle imprese madri stabilite in uno Stato membro partecipante al Mvu;

- partecipa ai collegi delle autorità che esercitano la vigilanza su base consolidata sulle imprese madri non stabilite in uno degli Stati membri partecipanti al Mvu e svolge il ruolo di coordinatore del collegio;
- partecipa alla vigilanza supplementare dei conglomerati finanziari in relazione agli enti creditizi che ne fanno parte e può essere nominata coordinante per un conglomerato finanziario in conformità ai criteri fissati nel diritto dell'Unione.

La Bce esercita una vigilanza informativa ed ispettiva, infatti ha il potere di:

- acquisire informazioni delle banche e degli altri soggetti al fine di analizzare la situazione finanziaria delle banche;
- effettuare ispezioni in loco.

Un discorso a parte per le valutazioni prudenziali su aspetti della gestione delle banche che sono previsti dagli ordinamenti nazionali (tub), ma non nella normativa dell'Unione.

Trattandosi di poteri attribuiti alle autorità di vigilanza dal tub, senza una base normativa europea, questi continuano a spettare alle autorità nazionali. Alla Bce vengono trasferiti i compiti espressamente delineati dal regolamento UE che coincidono con i controlli affidati alle autorità nazionali dalla disciplina europea. Quindi, considerando che la vigilanza prudenziale sulle banche significative spetta alla Bce, le autorità nazionali quando esercitano i poteri previsti dal tuo dovranno attenersi alle istruzioni della Bce. È il caso di:

- accertamento su modifiche statutarie;
- operazioni di concentrazione;
- cessione di attività e passività in blocco;
- autorizzazioni in materia di partecipazioni detenibili.

Poi, i controlli e l'applicazione di strumenti macroprudenziali e ogni altra misura che miri ad affrontare i rischi sistemici costituiscono una competenza condivisa fra autorità competenti nazionali e Bce.

La Bce ha compiti importanti nella situazione che precede la crisi di una banca, cioè compiti di vigilanza in materia di piani di risanamento e di misure d'intervento precoce qualora la banca non soddisfa o rischia di violare i requisiti prudenziali; sono esclusi i poteri di risoluzione.

Alla Bce spetta il potere di imporre sanzioni amministrative pecuniarie.

La Bce incontra un limite solo in materia di vigilanza regolamentare.

Un aspetto importante del Mvu, infatti, è la scissione fra la funzione regolamentare e la funzione di controllo operativo con l'attribuzione ad autorità diverse: l'Abe è autorità di regolazione, mentre la Bce è autorità di vigilanza.

La Bce, però, può adottare raccomandazioni nel quadro delle norme adottate dall'Abe e dalla Commissione e può adottare regolamenti solo nella misura in cui questo sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei suoi compiti (regolamenti organizzativi della funzione).

Quindi, il processo di formazione delle regole europee rimane in capo ad organismi diversi preposti a tal fine, come l'Abe.

Con il Mvu, sono state ampliate le potestà regolamentari della Bce, infatti quando il diritto dell'Unione attribuisce opzioni regolamentari agli Stati membri, la Bce deve applicare il diritto nazionale, ma quando esso attribuisce opzioni alle autorità competenti, l'esercizio di queste spetta alla Bce.

Per evitare conflitti di interesse, si è impedita la possibilità di affidare le funzioni di politica monetaria e quelle di vigilanza alle stessa autorità.

Questo permette di evitare che sia la stessa autorità a dover valutare se una decisione presa per tutelare la stabilita del sistema finanziario possa essere considerata corretta sul piano della politica monetaria.

Questo ha permesso di adottare una soluzione che tiene conto di due esigenze:

- prevede strumenti in grado di risolvere possibili situazioni di conflitto di interesse fra la politica monetaria e la vigilanza;
- il Consiglio direttivo della Bce viene qualificato come l'unico organo cui spetta il potere decisionale.

A questo proposito, è stato creato il Consiglio di vigilanza, che svolge un ruolo fondamentale nell'assunzione di provvedimenti, ma la parola finale spetta sempre al Consiglio direttivo della Bce, attraverso un meccanismo di silenzio-assenso.

La pianificazione e l'esecuzione dei compiti di vigilanza spettanti alla Bce sono di competenza del Consiglio di vigilanza, formato da un presidente, un vicepresidente, quattro membri rappresentanti della Bce e un rappresentante di ogni autorità nazionale.

Il Consiglio di vigilanza propone le decisioni al Consiglio direttivo che può solo opporsi (entro il termine perentorio di 10 giorni), rimettendo la questione al Consiglio. Nel caso di mancata opposizione, il provvedimento è formalmente adottato dalla Bce.

In caso di obiezioni, il Consiglio direttivo deve dare motivazioni, in particolare facendo riferimento alle questioni di politica monetaria.

In alcuni casi, le ragioni di politica monetaria sembrano prevalere sulle ragioni di vigilanza. Infatti, viene affermato il principio secondo cui la Bce esercita i poteri di vigilanza senza recare pregiudizio ai compiti di politica monetaria e senza interferire con questi compiti, ma non si afferma il principio opposto, secondo cui le decisioni di politica monetaria non devono interferire con quelle di vigilanza.

Nel procedimento possono intervenire anche altri due organi: il Gruppo di esperti di mediazione e il Comitato amministrativo per il riesame.

Il Gruppo di mediazione, composto da un membro per ogni Stato partecipante, risolve eventuali divergenze di opinioni fra le autorità competenti degli Stati membri se il Consiglio direttivo si oppone ad un progetto del Consiglio di vigilanza.

La Commissione amministrativa del riesame, invece, è composta da 5 membri nominati in seguito a selezione pubblica fra soggetti che presentano conoscenze ed esperienza professionale nel settore bancario. Non vi può far parte il personale in servizio presso la Bce od ogni altra autorità di vigilanza, in quando si vuole garantire l'indipendenza dell'organo.

La Commissione, su istanza del soggetto interessato da un provvedimento di vigilanza della Bce, valuta la conformità procedurale e sostanziale del provvedimento al regolamento UE e può chiedere al Consiglio di vigilanza delle modifiche. Il Consiglio non è tenuto a seguire il parere della Commissione.

Il ricorso alla Commissione non preclude la possibilità per l'appellante di rivolgersi alla Corte di giustizia europea.

La Commissione decide in termini procedurali vincolanti; valuta l'ammissibilità del ricorso; limita il suo esame al petitum dell'appellante; può chiedere la sospensione del provvedimento della Bce; motiva le sue decisioni; decide a maggioranza.

L'attività di revisione della Commissione è un'attività di revisione amministrativa interna, che mira a due obiettivi:

- ridurre il costo dell'appello per le persone o imprese che lamentano una lesione ad un proprio diritto da parte dell'autorità di vigilanza;
- proteggere l'interesse pubblico dell'amministrazione ad operare nel rispetto della legge ed evitare di dare attuazione ad atti che potrebbero essere invalidati dalla Corte di giustizia.

I rapporti fra Bce e autorità nazionale competenti

Il coordinamento dei poteri fra Bce e autorità nazionali competenti si basa sue due principi:

- la Bce è responsabile del funzionamento efficace e coerente del Mvu;
- la Bce e le autorità nazionali devono cooperare in buona fede e hanno l'obbligo di scambiarsi informazioni.

Il primo criterio per la distribuzione del potere è un criterio quantitativo: le banche significate soggette alla vigilanza della Bce; le banche meno significative soggette alla vigilanza delle autorità nazionali.

Per capire quali sono le banche significative e le banche meno significative esistono diversi criteri:

- il primo guarda alla dimensione di una banca;
- il secondo affida alle autorità competenti nazionali il compito di valutare l'importanza della banca nell'economica dello Stato;
- il terzo riguarda la rilevanza delle attività cross border, cioè non rileva la dimensione della banca, ma la circostanza che essa operi in più di uno Stato membro con società giuridicamente distinte ma controllate.

Inoltre, sono assoggettate alla vigilanza della Bce le banche che hanno ricevuto assistenza finanziario dal Meccanismo europeo di stabilità.

Un ultimo criterio prevede che almeno le tre istituzioni bancarie più rilevante di ogni Paese (a prescindere se abbiano le dimensioni di una banca significativa) debbano essere comprese nell'elenco delle banche significative.

Si può notare come il peso della Bce nel sistema finanziario europeo sia notevole. A maggior ragione se consideriamo che la Bce può esercitare anche una vigilanza diretta sulle banche meno significative, per garantire più elevati standard di vigilanza prudenziale.

Inoltre ci sono materia che spettano esclusivamente alla Bce, a prescindere da qualsiasi distinzione, come l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e l'acquisto di partecipazioni nel capitale delle banche.

Poi, nei confronti delle banche meno significative, la Bce definisce i criteri generali dell'azione di vigilanza; può avocare a sé in qualsiasi momento la vigilanza; può emanare regolamenti, orientamenti e istruzioni geniali alle autorità nazionali.

Anche le autorità nazionali possono incidere sulla vigilanza delle banche significative. Le autorità nazionali, infatti, partecipano al processo decisionale della Bce attraverso i loro rappresentanti al Consiglio di vigilanza; partecipano alla revisione periodica della situazione finanziaria delle banche significative e alla selezione del personale e alla nomina degli ispettori.

Quindi si tratta di una forte integrazione fra gli organismi nazionali e gli organismi europei.

Le autorità competenti nazionali

Il CICR

Il Cicr è presieduto dal ministro dell'Economia e delle Finanze ed è composto da ministri; alle riunioni partecipa il governatore della Banca d'Italia.

Il Cicr non ha una propria struttura amministrativa, ma si avvale della Banca d'Italia.

Inizialmente, si diceva che avesse funzioni di alta vigilanza in materia di credito e di tutela del risparmio; in realtà, questa espressione è molto vaga e rende difficile individuare la natura del Cicr.

Il Cicr ha compiti deliberativi in materia regolamentare, in alcuni casi su proposta della Banca d'Italia. Ma, nel 2015 sono state cancellati i suoi poteri normativi riguardanti la vigilanza prudenziale.

Il tub, però, ha conservato i poteri regolamentari ai fini dell'implementazione delle norme sulla riserva di raccolta del risparmio in favore delle banche, sulla trasparenza bancaria e su altre misure riguardanti l'attività negoziale delle banche.

Al di fuori della funzione normativa, il Cicr decide in merito ai reclami contro i provvedimenti della Banca d'Italia adottati nell'esercizio dei poteri di vigilanza (strumento inutilizzato).

Nell'attuale contesto normativo non c'è stazione per funzioni di indirizzo politico sul sistema bancario, quindi si è sempre dibattuto sulla natura del Cicr: organo politico (rappresentava un residuo della matrice fascista: avere politici che sovraintendono l'attività bancaria), ma anche esercita poteri amministrativi. In ogni caso, il Cicr deve indirizzare i suoi poteri sempre alle finalità stabilite nell'art 5 tub.

Il ministro dell'Economia e delle Finanze

È stato cancellato il potere del ministro di emanare il decreto di irrogazione delle sanzioni amministrativa, che oggi è di competenza esclusiva della Banca d'Italia..

Il ministro dell'Economia e delle Finanze ha compiti regolamentari, circoscritti a specifiche materie. La sua principale potestà normativa riguarda i requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza degli esponenti aziendali e i requisiti dei partecipanti al capitale.

Il ministro ha poteri sostitutivi del Cicr in caso di urgenza ed ha poteri in materia di gestione di crisi di banche. Il ministro, però, non interviene più per disporre l'amministrazione straordinaria, che spetta esclusivamente alla Banca d'Italia, ma ha conservato il potere di emanare il decreto di liquidazione coatta amministrativa.

Il ministro, inoltre, può approvare il provvedimento con cui la Banca d'Italia dispone l'avvio alla risoluzione di una banca in dissesto.

La Banca d'Italia

La Banca d'Italia ricopre il ruolo più importante per quanto riguarda i controlli pubblici sulle banche a livello nazionale. Essa include in sé una pluralità di potestà, sia quella di Banca centrale e quella di vigilanza, e gode di una invidiabile reputazione di indipendenza e di rigore tecnico conquistati nel tempo.

Con l'emanazione del tub, come sappiamo, sono state scisse le funzioni di vigilanza e di politica monetaria, quindi non c'è più confusioni fra le funzioni della Banca d'Italia: le funzioni di politica monetaria sono svolte sulla base di regolamenti del Consiglio europeo e della Bce.

Per perseguire gli obiettivi di politica monetaria, le banche centrali analizzando l'andamento e la rischiosità del sistema finanziario nel suo complesso, ed è un'attività utile anche all'esercizio della funzione di vigilanza.

In quanto Banca centrale, la Banca d'Italia ha compiti che riguardano il sistema dei pagamenti.

La Banca d'Italia e i suoi organi hanno sempre goduto di indipendenza; i suoi organi sono: il governatore, il Direttorio, il direttore generale e tre vice direttori generali. L'indipendenza del governatore è assicurata anche dal procedimento di nomina, che coinvolge più poteri dello Stato.

Al Direttorio, invece, spettano i poteri riguardanti la tutela del risparmio e dell'esercizio del credito; decide in modo collegiale.

La Banca d'Italia assicura la trasparenza attraverso la pubblicità preventiva dei principi e dei criteri della sua attività di vigilanza. Inoltre, riferisce sul proprio operato al Parlamento e al Governo attraverso una relazione semestrale sulla propria attività.

La Banca d'Italia svolge un importante ruolo nella regolamentazione secondaria in materia di vigilanza, infatti applica i regolamenti e le decisioni europee.

La Banca d'Italia emana istruzioni, detta disposizioni di carattere particolare ed emana regolamenti nei casi previsti dalla legge.

Le regole di attuazione delle direttive europee sono "disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche": è un'attività che, anche se sembra di natura amministrativa, per l'ampiezza dei contenuti e l'ambito dei destinatari, è dia natura regolamentare.

Tali disposizioni sono accompagnate da una relazione che illustra le conseguenze sull'attività delle imprese, degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori.

In tali atti, le autorità devono tener conto del principio di proporzionalità, cioè devono garantire l'esercizio di un potere adeguato al raggiungimento del fine col minor sacrifico degli interessi dei destinatari.

La Banca d'Italia ha molti poteri di vigilanza:

- rilascia autorizzazioni;
- adotta provvedimenti di carattere particolare;
- chiede informazioni alle banche;
- può effettuare ispezioni;
- può irrogare sanzioni amministrative.

La Banca d'Italia ha anche poteri in materia di gestione della crisi di intermediari: decide sull'amministrazione straordinaria; effettua la proposta al ministro dell'Economia e delle Finanze per la disposizioni di liquidazione coatta amministrativa; assume il provvedimento che dispone l'avvio della risoluzione di una banca; ha compiti di direzione e controllo delle procedure di gestione della crisi.

La Banca d'Italia stabilisce i criteri da seguire nella sua azione, nel rispetto delle finalità stabilite dall'art 5 tub; i suoi atti devono essere scritti e motivati.

Essa individua e pubblicizza preventivamente i provvedimenti, i termini del procedimento e i motivi della decisione.

La Banca d'Italia gode di ampia discrezionalità nell'esercizio delle sue funzioni. Alla Banca d'Italia, infatti, spetta di apprezzare in concreto il bene, contemperando le finalità stabilite dall'art 5 tub, purché le sue valutazioni siano ragionevoli, logiche e coerenti.

Tale discrezionalità è supportata dalle sue elevate conoscenze e capacità tecniche, anche in sede giurisprudenziale.

Gli atti della Banca d'Italia sono opponibili da parte dell'autorità giudiziaria amministrativa per violazione di legge ed eccesso di potere; competente è il Tribunale amministrativo regionale del Lazio.

L'attività di vigilanza della Banca d'Italia è soggetta al segreto d'ufficio.

I pubblici ufficiali, infatti, devono riferire solo al Direttorio tutte le irregolarità, ma il segreto non può essere opposto all'autorità giudiziaria.

Il segreto d'ufficio è opponibile alle pubbliche amministrazioni, ad eccezione del ministro dell'Economia e delle Finanze.

Altra eccezione è l'opponibilità del segreto d'ufficio alle altre autorità amministrative preposte al controllo del settore finanziario (Consob; Covip; Agcm; Ivass).

La Banca d'Italia, inoltre, deve collaborare con le autorità competenti degli Stati membri.

La Consob e l'Agcm

Le banche sono soggette anche ad altri controlli pubblici:

- la Consob controlla l'attività esercitata nei mercati mobiliari e dalle banche quotate;
- l'Agcm verifica il rispetto delle regole antitrust.

Il sistema normativo prevede una ripartizione fra le autorità in base alle finalità pubbliche perseguite (modello per finalità).

L'art 5 tuf, infatti, stabilisce che la Banca d'Italia è competente per il contenimento del rischio, la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione; mentre, la Consob è competente per la trasparenza e la correttezza dei comportamenti.

Le banche sono soggette alle regole del tuo e ai controlli della Consob se prestano servizi d'investimento, se hanno azioni o altri titoli quotati, se sollecitano il pubblico risparmio. Solo i depositi bancari, nella forma tradizionale del contratto civilistico, sono esclusi dall'applicazione del tuf; invece, gli strumenti finanziari emessi dalle banche, come le obbligazioni, sono soggetti a tali regole.

Vi è un'eccezione per quanto riguarda la divisione per finalità delle autorità preposte al settore finanziario. Le norme sulla trasparenza delle condizioni contrattuali dei prodotti bancari (come il conto corrente) sono contenute nel tub; alla Banca d'Italia sono affidati i controlli sul loro rispetto. La competenza della Banca d'Italia è stata prevista per il legislatore ha ritenuto che tali norme siano importanti a favorire la concorrenza fra le banche, infatti sono uno strumento utile a perseguire i fini dell'art 5 tub (l'efficienza del sistema).

Al principio di divisione per finalità risponde anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che applica alle banche le regole antitrust per quanto riguarda il divieto di accordi lesivi della concorrenza, di abuso di posizione dominante e di divieto di operazioni di concentrazione che ostacolino la concorrenza.

Il principio di divisione per finalità, però, vede delle eccezioni se guardiamo ad altri operatori riconoscibili al settore finanziario, infatti per le imprese assicurative esiste un modello di supervisione per soggetto, cioè per tipo d'impresa, e per i fondi pensione esiste una vigilanza strutturale.

Recentemente, l'ordinamento ha favorito un modello di vigilanza per finalità e la legge a tutela del risparmio, oltre che trasferire le competenze a tutela della concorrenza sulle banche dalla Banca d'Italia all'Antitrust, ha modificato alcune disposizioni del tub e del tuf per evidenziare la distinzione di competenze fra la Banca d'Italia e la Consob.

Coordinamento e cooperazione fra autorità nazionali preposte al settore finanziario

La presenza di più autorità preposte al settore finanziario pone problemi di coordinamento: l'attività di un intermediario può essere rilevante ai sensi di più regole e, quindi, essere soggetta al controllo di più autorità (es. l'organizzazione delle banche e delle Sim: rileva sia per assicurare la sana e prudente gestione, affidata alla Banca d'Italia, sia per garantire la correttezza dei comportamenti degli intermediari quando prestano servizi d'investimento, affidata alla Consob).

La legge disciplina le modalità di coordinamento di procedimenti di competenza di diverse autorità.

In alcuni casi, gli interessi pubblici affidati ad un'autorità possono essere in conflitto con gli interessi di cui si preoccupa un'altra autorità (es. la diffusione di informazioni sul mercato di una banca in difficoltà potrebbe comportare problemi per la sua stabilità).

Nel nostro ordinamento, la legge stabilisce le condizioni secondo cui l'interesse pubblico deve prevalere comportando la disapplicazione di altra parte dell'ordinamento finanziario.

I poteri delle regioni

L'ordinamento italiano ha stabilito alcune potestà normative e amministrative delle regioni a statuto speciale nei confronti di banche; poteri limitati al territorio regionale.

Con la riforma costituzionale del 2001 è stata attribuita potestà legislativa concorrente a tutte le regioni per le banche a carattere regionale.

In realtà, i poteri regionali sono stati notevolmente ridotti, infatti lo stesso art 117 Cost. Riserva allo Stato la competenza esclusiva in materia di tutela del risparmio.

In più, si dubita di tali poteri affidati alle regioni dato che il diritto dell'Unione prevede l'attribuzione ad autorità europee di poteri di regolazione e di vigilanza.

L'art 159 tub afferma che le valutazioni di vigilanza sono riservate alla Banca d'Italia e individua alcune materie in cui possono essere esercitati i poteri delle regioni a statuto speciale previo parere vincolante della Banca d'Italia (es. autorizzazione per l'esercizio dell'attività bancaria, modiche statutarie, fusioni e scissioni), anche se oggi, alla luce del Mvu, si ritiene che le potestà della Banca d'Italia sono trasferite alla Bce.

Capitolo IX

La vigilanza

La **vigilanza** si divide in:

- **vigilanza regolamentare**;
- **vigilanza informativa**;
- **vigilanza ispettiva**.

L'attività di vigilanza più importante è quella regolamentare, con la quale la Banca d'Italia: può autorizzare l'acquisto di partecipazione; può autorizzare le fusioni; può emanare delle direttive; può esercitare la sua attività normativa (attraverso istruzioni di vigilanza, che sono delle fonti secondarie, cioè regolamenti); può emanare delle direttive nei confronti delle singole imprese (ad es. può influire sui requisiti patrimoniali delle banche).

Per garantire una corretta vigilanza regolamentare ci sono la vigilanza informativa e la vigilanza ispettiva, che sono strumentali all'esercizio della vigilanza regolamentare.

L'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria

L'***art 14 tub*** afferma che l'autorizzazione per l'esercizio dell'attività bancaria é legata ad alcuni requisiti: forma giuridica, capitale minimo iniziale, requisiti soggettivi, ecc.

Il primo requisito é quello della **forma giuridica**.

I tipi societari ammessi sono la **società per azioni** o la **società cooperativa a responsabilità limitata**.

Per le spa si applicano le norme del diritto societario. L'adozione del modello di spa consente di abbandonare l'idea che le banche possano essere strumento d'intervento pubblico nell'economia, consentendo invece l'afflusso di denaro in determinati settori ritenuti strategici per lo sviluppo del Paese.

L'altra forma ammessa è la **società cooperativa**, in cui rientrano le **banche popolari** e le **banche di credito cooperativo**.

Le **banche popolari** sono costituite in forma di società cooperative a responsabilità limitata, quindi perseguono scopo mutualistico. Lo scopo, quindi, non è dato dal profitto, ma dal vantaggio che i soci perseguono dalle attività con i terzi.

L'**interesse sociale** è l'interesse comune dei soci.

Ci sono deroghe disciplina societaria: la partecipazione, infatti, può esser rappresentata da **quote** o da **azioni**. Nessuno dei soci, però, può possedere azioni il cui valore nominale superi 50000€.

Altro requisito richiede che la sede legale e la direzione generale siano situate nel territorio della Repubblica italiana.

Dato che il controllo italiano è più pregnante rispetto a quello degli altri Paesi, si vuole evitare che si possa essere sottoposti ad un'autorità diversa da quella dove è situata la sede legale, in Paesi dove sono previsti controlli più deboli.

Il **capitale sociale iniziale** deve essere pari a:

- 10 milioni di euro per le banche costituite in forma di spa e per le banche popolari;
- 5 milioni di euro per le Bcc.

Il capitale versato al momento della costituzione non deve essere inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia. Infatti La Banca d'Italia deve individuare il capitale minimo ed esercita poteri normativi.

Il capitale deve essere versato e non sottoscritto (come nel diritto societario), versato integralmente all'atto di costituzione.

La normativa bancaria, quindi, risulta essere derogatoria rispetto alla disciplina societaria.

In tema di conferimento, la Banca d'Italia ha stabilito che il capitale può comprendere anche conferimenti, ma non può superare i 3/10 dell'ammontare complessivo del capitale.

Altro requisito per il rilascio dell'autorizzazione è la presentazione di un programma concernente l'attività iniziale.

È un requisito oggettivo, anche se si possono sollevare dei dubbi.

Nel programma troviamo anche i bilanci relativi ai primi tre esercizi dell'attività bancaria. In questi casi, la Banca d'Italia non si limita a ricevere questo programma, ma a valutare la possibile interazione che vi é tra questo nuovo soggetto e il mercato bancario, quindi verifica, attraverso l'analisi di queste informazioni, la capacità di assicurare il rispetto delle norme prudenziali.

In questa valutazione, si verifica l'attitudine dell'ente a garantire la sana e prudente gestione.

Più precisamente, il programma deve contenere informazioni sulle linee di sviluppo operativo, sull'adeguatezza patrimoniale e una relazione del governo societario sulla struttura organizzativa.

Su questi profili, l'autorità valuta la coerenza delle informazioni, l'attendibilità delle previsioni, l'adeguatezza del programma e il rispetto dei requisiti prudenziali.

La Banca d'Italia nega l'autorizzazione quando ritene non idoneo il programma presentato.

Si tratta comunque di una discrezionalità vincolata della Banca d'Italia, che deve verificare la sussistenza di tutti i requisiti che servono a garantire la sana e prudente gestione.

Altro requisito è la valutazione di legami fra i partecipanti e altri soggetti che possano compromettere la sana e prudente gestione:

- non ci devono essere legami fra la banca, o i soggetti del gruppo di appartenenza, e altri soggetti che ostacolino l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza. Queste ipotesi sono state individuate dalla Banca d'Italia, ad esempio quando una banca partecipa al capitale di un'altra banca in misura pari o superiore al 20%.
- deve coincidere la sede legale e la direzione generale della società in Italia.

Procedura di autorizzazione e revoca dell'autorizzazione

Come sappiamo, inizialmente nella procedura autorizzata vi era una forte ingerenza dell'autorità nazionale, che godeva di ampia discrezionalità nel valutare la regolarità dell'iter amministrativo.

Oggi, invece, si è passati ad una valutazione oggettiva, perché la Banca d'Italia deve verificare solo la sussistenza di requisiti non potendo sottoporre più l'autorizzazione ad un giudizio discrezionale.

Secondo il sistema vigente prima dell'Unione bancaria, l'autorizzazione era rilasciata dall'autorità nazionale nel quale l'istituto intendeva stabilire la propria sede legale. Questa autorizzazione consentiva all'impresa bancaria di esercitare la propria attività anche presso i Paesi membri dell'UE (c.d. passaporto bancario).

Oggi, questo impianto di autorizzazione è stato rivisto, perché alla luce del meccanismo unico di vigilanza, la Bce diventa titolare esclusivo del potere autorizzativo. E questa competenza si esercita in relazione a tutti gli istituti di credito, a prescindere dal criterio soggettivo, quindi non opera la distinzione fra banche significative e banche non significative.

Anche se la Bce è titolare esclusivo di questo potere, vi é un forte contributo da parte delle singole autorità competenti nazionali, infatti si dà vita ad un procedimento misto che si compone di due fasi:

- il soggetto che vuole avviare l'attività bancaria deve presentare la domanda all'autorità nazionale dello Stato (Banca d'Italia). L'autorità nazionale competente deve valutare se il soggetto richiedente soddisfi tutte le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione, alla luce della normativa nazionale dello Stato.
  In caso di accertamento positivo, l'autorità nazionale predispone il progetto di decisione da inviare alla Bce per il rilascio dell'autorizzazione. Al contrario, in caso di accertamento negativo, l'autorità nazionale rigetta l'istanza con un provvedimento finale che verrà notificato all'istante.
  La notifica di tale provvedimento deve essere indirizzata anche alla Bce. Solo quando vi sia un esito negativo, il procedimento si conclude dinanzi l'autorità nazionale competente e quindi il provvedimento di diniego è impugnabile eventualmente dinanzi le Corti nazionali. In caso di accertamento positivo, invece, si apre la seconda fase e il procedimento si sposta a livello sovranazionale.
- Verrà notificato alla Bce un progetto di decisione, eventualmente accompagnato da alcune raccomandazioni. La Bce, a questo punto, deve valutare il rispetto delle condizioni e dei requisiti stabiliti dal diritto dell'Unione Europea. Quando ritiene che queste condizioni non siano rispettate, deve presentare comunicazione all'istante che potrà presentare, per iscritto, delle osservazioni alla Bce. Ove la Bcc ritiene di non accogliere queste osservazioni, rigetterà l'istanza e si concluderà il procedimento.
  In caso di valutazione positiva, la Bce rilascia l'autorizzazione cui segue l'iscrizione nell'albo di cui all'art 13 tub.

Altro potere che può essere esercitato dalla Bce è quello di **revoca** dell'autorizzazione.

Anche in questo caso non opera il requisito soggettivo della significatività e anche in questo caso c'è la collaborazione delle autorità nazionali competenti.

Si può revocare solo in alcune ipotesi specifiche:

- se l'ente creditizio non si serve dell'autorizzazione entro i successivi 12 mesi dal rilascio dell'autorizzazione,
- se vi rinuncia espressamente,
- se ha cessato di esercitare la propria attività per un periodo superiore a 6 mesi.

Inoltre, si può revocare quando l'autorizzazione é stata ottenuta mediante falsi dichiarazioni, quando non soddisfa più i requisiti dell'art 14 o della normativa europea, o quando non soddisfa più i requisiti prudenziali imposti con il meccanismo unico di vigilanza.

Questo procedimento di revoca può seguire due strade diverse a seconda che l'iniziativa parta dall'autorità nazionale o dalla Bce.

Quando é l'autorità nazionale competente, questa presenta alla Bce un progetto di decisione in cui propone il ritiro dell'autorizzazione. La Bce adotta la decisione finale, andando ad accogliere o rigettare la proposta dell'autorità nazionale competente.

In questo caso, l'autorità nazionale non risponde mai di un potere decisorio, perché mai il procedimento si conclude dinanzi all'autorità nazionale competente, quindi la decisione spetterà sempre alla Bce.

Se l'iniziativa di revoca parte dalla Bce, invece, il procedimento si conclude sempre dinanzi ad essa.

Questi due poteri consentono di dimostrare la necessità di una leale collaborazione fra Bce e autorità nazionali competenti.

Si determina quindi una vera e propria cogestione di questi poteri, soprattutto per la difficoltà della Bce di applicare il diritto nazionale.

Banche popolari

Le banche popolari sono organizzati in forma di cooperativa e sono caratterizzate dal principio democratico: i soci hanno un solo voto; sono previsti limiti al possesso azionario; viene stabilito un numero minimo di soci; sono disciplinate le clausole di gradimento per l'ammissione a socio.

Sono previste disposizioni speciali che disciplinano il valore minimo delle azioni e dei soci, oltre che trasformazioni, fusioni e limiti alla distribuzione degli utili.

Nel 2015 il legatore ha cambiato approccio nei confronti delle banche popolari, stabilendo che le banche di grandi dimensioni non possono adottare il modello di banca popolare, infatti tale possibilità è riservata solo agli intermediari il cui attivo non supera gli 8 miliardi di euro.

Sotto il profilo della vigilanza, le banche popolari coincidono con le altre banche costituite in forma di spa.

Banche di credito cooperativo

Le Bcc sono banche a mutualità prevalente e operano prevalentemente nei confronti dei soci.

Il tub disciplina, con speciali regole organizzative, il valore delle azioni, i soci, l'operatività, gli utili, le trasformazioni e le fusioni. Oltre che regole riguardanti il controllo sullo statuto, l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, il controllo sull'apertura delle succursali, l'autorizzazione all'assunzione di partecipazioni in altre società.

Il numero minimo di soci non può essere inferiore a 500. Quando tale numero diminuisce la compagine sociale deve essere integrata entro un anno, altrimenti ci sarà la liquidazione della banca di credito cooperativo.

Per essere soci é necessario risiedere o avere la sede nel territorio di competenza della banca stessa.

Vale il principio una testa un voto.

Nessun socio può possedere azioni il cui valore nominale complessivo superi centomila euro e lo statuto può prevedere, tra i requisiti per l'ammissione a socio, la sottoscrizione o l'acquisto di un numero minimo di azioni.

Carattere importante è l'operatività territoriale limitata: la zona di competenza territoriale comprende i comuni dove la banca ha le proprie succursali, nonché i comuni limitrofi.

In particolare, il controllo sugli statuti è uno strumento per vigilare le scelte gestionali: gli stati contengono le norme relative all'attività, alle operazioni di impiego e di raccolta e alla competenza territoriale.

I sistemi di vigilanza non sono diversi rispetto alle altre banche: sono esclusi i controlli strutturali; la liberalizzazione dell'ingresso al mercato ha riguardato anche le Bcc, anzi per quest'ultime le disposizioni di vigilanza prevedono requisiti meno onerosi, tenendo conto le dimensioni limitate dell'iniziativa economica; i controlli prudenziali rappresentano il fulcro dei controlli pubblici per garantire la stabilità di queste banche.

Alle Bcc, inoltre, si applicano le regole stabilite per gli intermediari di piccole dimensioni.

Le Bcc, per usufruire di servizi complessi e costosi necessari per esercitare l'attività bancaria, sono organizzate in rete, attraverso federazioni locali e una federazione nazionale. Proprio per questo è stata avanzata la proposta di favorire l'aggregazione di queste banche e nel 2015 è stato presentato un progetto di legge che prevede un obbligo per le Bcc di aderire ad un gruppo bancario.

I requisiti degli esponenti aziendali

L'***art 26 tub*** stabilisce che coloro che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo delle banche devo essere idonei allo svolgimento del loro incarico.

In passato, esisteva una sola fattispecie che aveva una funzione sanzionatoria, non accettata molto dalla giurisprudenza amministrativa: non potevano ricoprire queste cariche coloro che

avevano svolto funzioni di amministrazione, controllo e direzione in imprese sottoposte a liquidazione coatta amministrazione o sottoposte ad amministrazione straordinaria.

Si trattava di un'ipotesi di responsabilità oggettiva nella misura in cui non si poteva verificare l'effettivo contributo di quei soggetti all'impresa.

Proprio per questo motivo, i giudici amministrativi hanno dichiarato l'illegittimità di questa norma.

Oggi, invece, l'idoneità del soggetto è valutata alla luce di requisiti soggettivi e oggettivi stabiliti dalla legge, come: onorabilità, professionalità, indipendenza, competenze, correttezza e avere la possibilità di dedicare il tempo necessario per l'efficace espletamento dell'incarico.

La valutazione della sua idoneità è rimessa ai soci che, con la nomina, instaurano un rapporto fiduciario. Inoltre, nelle banche, la scelta dei soci è limitata ad una cerchia di soggetti che presentino i requisiti richiesti dalla legge.

Tali requisiti non assicurano che la banca sia ben gestita o sia immune da difficoltà, ma si vuole semplicemente garantire che sia affidata a persone in davvero capaci e con esperienza.

La determinazione di tali requisiti è rimessa ad un decreto del ministro dell'Economia e delle Finanze, sentita la Banca d'Italia.

Le regole sui requisiti sono state introdotte in recepimento di una direttiva comunitaria in materia di banca nel 1985, e inizialmente tali regole facevano riferimento solo all'onorabilità e alla professionalità; successivamente vennero introdotti i requisiti di indipendenza.

Infatti, le regole del diritto societario affermano che l'organo di gestione sia composto da soggetti indipendenti (indipendenti da legami personali, familiari o di affari con la società).

Nel 2015, gli esponenti aziendali delle banche, oltre a presentare requisiti di onorabilità e professionalità, devono garantire competenza e correttezza, oltre che dedicare un tempo necessario all'espletamento del loro incarico:

- **professionalità**, vuol dire che gli esponenti aziendali devono avere livelli minimi di conoscenze tecniche e professionali e, quindi, pregresse esperienza lavorative. Esperienza maturata per almeno un *triennio*: attraverso l'esercizio di attività di amministrazione di controllo presso altre imprese; attraverso attività professionali in materia creditizia o assicurativa; attraverso l'esercizio di funzioni amministrative o dirigenziali nel settore del credito finanziario mobiliare; per il possesso di titoli accademici connessi all'esercizio dell'attività bancaria; solo per le banche di credito cooperativo il periodo di esperienza pregressa di riduce a *due*.
- **onorabilità**, vuol dire che gli esponenti aziendali non devono avere a loro carico condanne per determinati reati. Non possono essere amministratore, sindaco o detenere partecipazioni coloro che si trovano in condizioni di ineleggibilità o decadenza.

  Non possono rivestire queste cariche o detenere partecipazioni, poi, coloro sottoposti a misure di prevenzione. Oppure, coloro che sono stati condannati con sentenza irrevocabile, quindi passata in giudicato, per uno dei reati che riguardano l'attività bancaria, finanziaria, assicurativa, quindi per quei reati attinenti alle attività che verrano svolte (es. reati contro il patrimonio o reati tributari).

  Per i reati che riguardano l'attività bancaria, assicurativa e finanziaria rilevano anche quelli con pene lievi; per gli altri, è necessaria una condanna non inferiore a 2 anni.

In caso di sentenza definitiva, se il soggetto condannato riveste queste posizioni decade *ipso iure*, perché vi é la perdita del requisito dell'onorabilità.

Però, possono rilevare anche le condanne non definitive: non vi é la decadenza, ma il soggetto interessato può essere sospeso dal consiglio di amministrazione. Per non protrarre in maniera definitiva questa sospensione, il regolamento del Ministero dell'economica ha stabilito che, in tempo breve, il consiglio deve confermare o meno la fiducia a questo soggetto, e quindi la sua carica.

Sentenza irrevocabile solo se si tratta una pena inferiore ad 1 anno, quindi si attribuisce rilevanza anche al patteggiamento.

Questo rientra in una scelta di politica legislativa, volta a tutelare gli interessi della sana e prudente gestione.

Sono **requisiti soggettivi**, però sono sottoposti ad una valutazione oggettiva da parte della Banca d'Italia (che ne verifica la mera sussistenza o meno).

- **correttezza** e **competenza** sono qualità personali, vuol dire correttezza nelle relazioni di affari pregresse e adeguata competenza nella gestione di tale attività (ad es. la competenza a gestire una grande banca è diversa da quella che serve a gestire una banca più piccola).

La linea di confine fra **professionalità** e **competenza** è molto labile, in quanto già la professionalizza richiede un minimo di competenza: il legislatore ha introdotto il requisito di competenza per prevedere criteri più rigorosi rispetto al passato e per contrastare la cattiva prassi in base alla quale un soggetto fa parte di molti consigli di amministrazione o di collegi sindacali.

Per quanto riguarda il tempo necessario all'espletamento dell'incarico, il tub prevede un limite al cumulo di incarichi per gli esponenti delle banche, graduati secondo il principio di proporzionalità e tenendo conto delle dimensioni dell'intermediario.

Inoltre, sono previste precise indicazioni sul numero degli incarichi di amministratore che un membro dell'organo di gestione della banca può ricoprire contemporaneamente.

L'**Eba** fissa alcuni fattori che devono essere presi in considerazione per valutare la correttezza e la competenza, come:

- per la **correttezza**, i comportamenti pregressi con le autorità o l'essere stato dichiarato fallito o incluso negli elenchi ufficiali dei debitori inaffidabili;
- per la **competenza**, l'esperienza pratica degli incarichi passati (come per la professionalità).

Per la difficoltà di individuare tali requisiti in via teorica, proprio l'era stabilisce che ogni banca deve adottare procedure specifiche per verificare accuratamente i resisti sulla base dell'attività svolta, sulla sua dimensione, ecc.

La verifica dell'idoneità degli esponenti aziendali è rimessa al consiglio di amministrazione che, entro 30 giorni, può dichiarare la decadenza per difetto dei requisiti. Mentre, l'autorità di vigilanza interviene con funzione di controllo solo in caso di inerzia del consiglio di amministrazione.

L'autorizzazione all'acquisto di partecipazioni rilevanti al capitale

In passato, i controlli sugli assetti proprietari delle banche erano molto rigidi perché si voleva garantire la separatezza banca-industria, al fine di evitare pericolosi intrecci partecipativi che avevano portato alla grande crisi.

La legge bancaria del 1936 non prevedeva espressamente il principio di separatezza e non vi erano neanche regole speciali per l'acquisto di partecipazioni al capitale delle banche. Questo perché non era necessario, dato che la maggior parte delle banche erano in mano pubblica, costituite in forma di società cooperative.

La separatezza era perseguita affidando alla Banca d'Italia enormi poteri discrezionali nell'autorizzare l'acquisto di partecipazioni da parte delle banche.

Le prime disposizioni in materia di assetti proprietari le abbiamo nel 1985 con due testi legislativi:

- la trasparenza nei confronti dell'organo di vigilanza delle partecipazioni rilevanti nel capitale di banche
- e requisiti di onorabilità dei soggetti titolari di una partecipazione rilevante.

Il principio di separatezza lo ritroviamo nella legge 287 del 1990, che tutela la concorrenza e il mercato.

Il più importante intervento normativo sugli assetti proprietari lo troviamo proprio in questa legge, c.d. legge antitrust. É stata introdotta questa disciplina, anche se non riguarda direttamente le banche (poiché riguarda la tutela del mercato e della concorrenza), per una scelta di politica legislativa, in quanto vi era una forte esigenza di tutelare i depositanti e la compagine azionaria.

Gli artt. 27 e 28 della legge 287/1990 hanno riconfermato il principio di separatezza fra banca e industria ed hanno previsto controlli preventivi sull'acquisito di partecipazioni al capitale di banche e regole sui fidi a soggetti collegati. Le finalità di questi controlli erano soprattutto quelle di tutelare i depositanti e di garantire l'indipendenza della banca.

In occasione del recepimento della seconda direttiva comunitaria, la materia è stata revisionata. La direttiva, infatti, prevedeva un controllo delle autorità di vigilanza sui soggetti che volevano acquisire una partecipazione rilevante in modo da garantire una sana e prudente gestione della banca.

Con il tub del 1993, invece, l'art 19 afferma l'interesse pubblico alla verifica della qualità degli azionisti rilevanti delle banche, sempre per finalità di sana e prudente gestione della stessa.

L'art 19 voleva garantire l'indipendenza delle scelte gestionali da interessi estranei alla banca che potevano arrivare ad acquisirne la proprietà e viene confermato il principio di separatezza banca-industria per evitare conflitti di interesse.

Si positivizza una disciplina volta ad evitare che i soci industriali possano influire sulle scelte della banca, perché i soci industriali possono accrescere il pericolo di un conflitto di interessi.

L'art 19 prevedeva che l'acquisizione di titoli superiori al 5% o determinanti il controllo dell'impresa bancaria dovessero essere assoggettati al controllo della Banca d'Italia, che esercitava un controllo preventivo.

La particolarità di questa nuova disciplina dipendeva dal fatto che viene ampliato il novero delle partecipazioni, in quanto vengono considerate non solo le azioni in proprietà, ma anche quelle di pegno e di usufrutto che consentono di esercitare il diritto di voto.

Il vero e proprio principio di separatezza, però, lo ritroviamo nel comma 6, il quale poneva un divieto assoluto per i soggetti che svolgevano attività non bancarie e non finanziarie (quindi industriali) di assumere partecipazioni di controllo superiori al 15% del capitale della banca.
Il comma 7, invece, riconosceva un importante potere alla Banca d'Italia, cioè il potere di negare o revocare l'autorizzazione agli industriali che, pur non rientrando nel divieto del comma 6, riuscivano a nominare o revocare gli amministratori.
In questo modo si consente di possedere solo partecipazioni di minoranza.
Nel 2003 interviene la riforma del diritto societario, che ha consentito un'ampia libertà statutaria nella definizione dei diritti amministrativi e patrimoniali che le azioni possono attribuire, soprattutto prevedendo nuovi strumenti finanziari che le società possono emettere. Non solo azioni, ma anche altri strumenti partecipativi con diritti di voto.
Questo ha comportato la novella dell'art 19, con la quale l'obbligo di autorizzazione scatta non solo al momento di una partecipazione superiore al 5%, ma anche quando vengono acquistati strumenti finanziari partecipativi.
Viene attribuito all'autorità di vigilanza il potere di circoscrivere la fattispecie autorizzatoria, considerando il diritto di voto e tutti gli altri diritti che influiscono sulle scelte gestionali dell'impresa bancaria.
Il criterio guida seguito dalla Banca d'Italia è quello di attribuire il diritto di voto o comunque la capacità di influire sulla società in maniera rilevante.
Ciò che è mutato è il principio di separatezza fra banca e industria, che viene meno.
Viene meno perché questo principio è stato una scelta politica di elaborazione italiana, perché era intervenuto per recepire una direttiva dell'Unione Europea. L'Unione europea, però, aveva imposto solo un controllo sulla qualità dei soci, prevedendo determinate condizioni che dovevano essere rispettate; controllo volto a garantire una sana e prudente gestione dell'ente creditizio.
Tuttavia, il sistema italiano aveva previsto anche questo ulteriore divieto (al comma 6), mai richiesto dall'Unione Europea.
Ecco che c'è stata l'abrogazione dei commi 6 e 7 per garantire un adeguamento ai dettami comunitari e un processo di armonizzazione in materia bancaria a livello europeo.I problemi di conflitto di interessi (prima evitati grazie al principio di separatezza) vengono affidati a controlli sull'operatività della banca.
Concretamente, tutto questo vuol dire che le autorità non possono concedere l'autorizzazione se non sono convinte della qualità degli azionisti o della solidità finanziaria del progetto di acquisizione.
L'art 19 tub elenca le condizioni di cui le autorità devono tener conto per rilasciare l'autorizzazione:
1. la reputazione del potenziale acquirente ai sensi dell'art 25 tub, cioè il possesso dei requisiti di onorabilità, competenza e correttezza.
Il legislatore comunitario non ha imposto specifici requisiti in capo ai partecipanti, ma ha solo riconosciuto alle autorità competenti la possibilità di rifiutare l'autorizzazione se, tenuto conto della necessità di garantire una sana e prudente gestione, taluni azionisti o soci non posseggono la qualità di onorabilità.

Il legislatore italiano ha effettuato una scelta di maggiore vigore, in quanto si identifica nell'onorabilità la qualità necessaria a garantire la sana e prudente gestione.

Il requisito si atteggia in maniera diversa se il partecipante al capitale sia persona fisica o persona giuridica:

- per i primi, l'onorabilità si acquisita con una dichiarazione attestante tutte le condizioni che impediscono l'acquisto dell'onorabilità;
- per i secondi, é necessaria sempre un'attestazione che permetta di verificare la sussistenza dei requisiti di onorabilità in capo a tutti i membri del consiglio di amministrazione e del direttore generale.

Il regolamento, inoltre, afferma che il requisito dell'onorabilità deve essere posseduto da tre categorie di soggetti:

- coloro che detengono partecipazioni che comportano il controllo della banca,
- coloro che detengono partecipazioni che comportano la possibilità di esercitare un'influenza notevole sulle scelte gestionali della banca,
- coloro che detengono partecipazioni che attribuiscono una quota di diritti di voto o di capitale almeno pari al 10%

Si evince che il legislatore ha voluto attribuire rilievo non solo alle partecipazioni qualificate al capitale, ma anche a tutte le partecipazioni che spettano ai titolari di strumenti finanziari, che sono in grado però di esercitare un'influenza notevole sulla banca e questa influenza la si può esercitare attraverso il diritto di voto.

Quindi, la scelta del legislatore é stata prescindere dal peso della partecipazione, ma di verificare l'effettiva influenza che i soggetti possono avere sulle scelte decisionali e strategiche della banca.

Se si perde il requisito dell'onorabilità, i soggetti non possono più esercitare i diritti di voto e tutti gli altri diritti.

2. il possesso dei requisiti sanciti dall'art 26 tub per le persone che svolgeranno funzioni di amministrazione, direzione e controllo della banca;

3. la solidità finanziaria del potenziale acquirente;

4. la capacità della banca di rispettare, a seguito dell'acquisizione, le disposizioni che ne regolano l'attività;

4. l'idoneità della struttura del gruppo del potenziale acquirente al fine di consentire l'esercizio efficace della vigilanza.

5. e, infine, solo se non ci sia il sospetto che l'acquisizione sia connessa ad operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

Questi criteri lasciano comunque ampi margini di discrezionalità all'autorità di vigilanza.

Come sappiamo, alcuni di questi criteri riguardano qualità personali (onorabilità, competenza, correttezza, reputazione) e, a parte l'onorabilità che si verifica in base all'assenza di condanne per determinati reati, gli altri lasciano un'ampia discrezionalità all'autorità nel loro apprezzamento.

Per la correttezza, il legislatore precisa che deve essere considerata la condotta pregressa dell'acquirente nei confronti dell'autorità di vigilanza (es. eventuali sanzioni ricevute).

La competenza, invece, non viene valutata per l'acquisto di tutte le partecipazioni, ma solo per quelli rilevanti che comportano un'influenza notevole sulla gestione.
Nelle moderne società, tenendo conto della separazione fra proprietà e controllo, gli azionisti non gestiscono la società; è il consiglio di amministrazione, infatti, che si occupa della gestione.
Al contrario, la richiesta di requisiti di competenza, così come previsto nel tub, è giustificata dal fatto che questa separazione non si riscontra in maniera così netta, in quanto in molti casi c'è un'azionista rilevante o un gruppo di azionisti che hanno, di fatto, un'influenza notevole sulle scelte gestionali.
La solidità finanziaria dell'acquirente e la capacita della banca di rispettare in futuro le disposizioni prudenziali richiedono un giudizio prognostico sul possibile assetto tecnico dell'intermediario a seguito dell'acquisizione.
Pe quanto riguarda il sospetto che i fondi utilizzati per l'acquisto possano derivare da operazioni di riciclaggio o siano connessi ad operazioni di terrorismo, bisogna rispettare i principi stabiliti dal Financial action task force e da Groupe d'action financière.

L'art 19 tub stabilisce che c'è bisogno di un'autorizzazione preventiva per l'acquisto di partecipazioni rilevanti al capitale di banche. Questo avviene quando si superano determinate soglie quantitative di partecipazione e quando l'acquisto della partecipazione comporta l'assunzione del controllo della banca o la possibilità di esercitare un'influenza notevole su di essa.
Precisamente, quando si vuole acquistare una partecipazione che attribuisce una quota di diritti di voto o del capitale della banca pari o superiore al 10%. Ma l'art 19 afferma che sono rilevanti tutti gli acquisiti di azioni, anche se non attribuiscono il diritto di voto, ma consentono il superamento di determinate soglie del capitale sociale.
Sono previste esenzioni dall'autorizzazione o esclusione di alcuni diritti di voto dal computo delle soglie quando l'acquisizione avviene tramite contratti d'investimento, che non hanno l'obiettivo di acquisire una partecipazione stabile per influenzare la gestione della banca (come i diritto di voto detenuti da una Sgr o da un'intermediaria nell'ambito di servizi di gestione collettiva del risparmio).
L'art 19, poi, vuole evitare l'elusione degli obblighi autorizzativi, come ad es. gli acquisiti indiretti tramite soggetti controllati e gli acquisti tramite società fiduciarie e interposta persona.
È sempre necessaria l'autorizzazione della Banca d'Italia, sia in caso di superamento delle soglie partecipative previste, sia in caso di acquisizione del controllo o di influenza notevole sulla banca.
Controllo vuol dire la situazione in cui un soggetto è in grado di influenzare in maniera stabile la gestione della banca, anche se da ciò non consegue al dominio degli organi societari (art 23).

L'autorizzazione è rilasciata dalla Bce per qualsiasi banca (anche non significativa), che ha quindi competenza esclusiva anche se la verifica dei requisiti è rimessa alla Bce in collaborazione con le autorità nazionali.

La domanda è presentata alla Banca d'Italia che valuta la sussistenza dei requisiti e prepara una proposta di decisione che invia alla Bce. Se la Bce non si oppone entro 15 emana il provvedimento.

L'autorizzazione è preventiva rispetto all'acquisito delle partecipazioni.

In caso di operazioni volte ad acquisire il controllo della banca, la richiesta di autorizzazione deve essere trasmessa alla Banca d'Italia.

Invece, se l'acquisito della partecipazione comporta una concentrazione rilevante ai sensi delle disposizioni antitrust, l'autorità competenze a valutare è l'Agcm.

Nelle concentrazioni che riguardano le banche, la Bce manca il provvedimento ai sensi dell'art 19 e l'Agcm quello ai sensi dell'art 20 della l. 287/1990.

Si prevede un unico termine per l'emanazione del provvedimento, che va riferimento al provvedimento della Bce.

Il procedimento ex art 19 tub e quello ex art 20 l. 287 seguono percorsi distinti, anche se dal 2007 esiste un protocollo d'intesa fra Agcm e Banca d'Italia per lo scambio di informazioni in materia di concentrazioni bancarie.

In caso di acquisto di partecipazioni rilevanti da parte di soggetti appartenenti a Stati extra-UE che non assicurano condizioni di reciprocità, interviene il Governo per votare l'operazione.

Invece, per l'acquisito di partecipazioni rilevanti da parte di un soggetto appartenente ad uno Stato membro dell'UE la disciplina europea prevede una consultazione preventiva con le autorità competenti dello Stato in cui ha sede la banca acquirente.

I controlli su fusioni, scissioni e cessione di rapporti giuridici

Anche le operazioni di riorganizzazione aziendale della banca sono soggette al controllo dell'autorità di vigilanza, in particolare parliamo di: fusione, scissione e cessione dei rapporti giuridici.

L'autorizzazione è rilasciata dalla Banca d'Italia, solo se questo non è contrario alla sana e prudente e gestione. Tale competenza spetta all'autorità nazionale anche in caso di banche significative ma, dato che la vigilanza prudenziale spetta alla Bce, la verifica dei requisiti prudenziali necessari per il rilascio del provvedimento spetta a quest'ultima.

Le operazioni fusione e scissione richiedono una nuova autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria o comunque un cambiamento negli assetti proprietari; i provvedimenti relativi a quelli casi sono di esclusiva competenza della Bce che adotta una procedura comune con le autorità nazionali per valutare la sussistenza dei presupposti per il loro rilascio.

Le fusioni e le scissioni sono le operazioni di ristrutturazione a cui prendono parte le banche, ma l'ordinamento bancario prevede anche le operazioni fra banche e non banche purché diano luogo ad un intermediario bancario.

Per autorizzare le fusioni e le scissioni, l'autorità verifica i riflessi di queste operazioni sulla situazione patrimoniale, finanziaria e organizzativa della banca, infatti queste operazioni non devono causare gravi squilibri negli assetti tecnici dell'azienda.

L’autorità di vigilanza ha un ruolo comunque limitato, infatti deve solo autorizzare o meno, ma non può dare il suo parere riguardo la convenienza economica dell’operazione (valutazione che spetta alle imprese coinvolte).

Inoltre, l’autorità deve verificare che l’operazione non contrasti con le regole prudenziali, come l’adeguatezza patrimoniale, la concentrazione dei rischi, l’organizzazione amministrativo-contabile e la trasformazione delle scadenze.

Le concentrazioni fra le banche, poi, sono soggette ad un ulteriore controllo per verificare gli impatti sui profili della concorrenza.

L’autorizzazione è necessaria per l’iscrizione del progetto di fusione o scissione nel registro delle imprese.

Le cessione di rapporti giuridici, invece, è soggetta ad autorizzazione solo se è considerata rilevante (art 58 tub).

La cessionaria deve essere autorizzata se l’operazione avviene fra soggetti che non appartengono allo stesso gruppo e il prezzo stabilito per la cessione supera il 10% del patrimonio di vigilanza della banca o del gruppo cessionario.

L’art 58 non si applica solo alla cessione di aziende o di rami d’azienda, ma anche a beni e rapporti giuridici in blocco, cioè di un insieme di beni che incidono sull’organizzazione e sulla struttura della banca. I beni oggetto della cessione devono essere funzionali rispetto all’esercizio dell’attività bancaria, anche se non sono idonei allo svolgimento dell’attività in via autonoma.

L’art 58, infine, disciplina la pubblicità dell’operazione e gli effetti della cessione con riguardo alle cause di prelazione in favore del cedente, ai crediti, ai debiti e ai contratti ceduti. A differenza delle fusioni e delle scissioni, in questo caso il tub non prevede un rinvio alle disposizioni del codice civile per colmare eventuali lacune.

I controlli sulle succursali e sulla prestazione di servizi senza stabilimento

L’art 15 tub riconosce alle banche ampia libertà nello scegliere la loro articolazione territoriale.

Gli enti creditizi sono liberi di operare negli Stati membri dell’Ue diversi da quelli in cui sono stati autorizzati, attraverso l’insediamento di un’altra sede (succursale) o mediante la libera prestazioni di servizi.

Attuano, quindi, il principio del mutuo riconoscimento, che consiste nell’obbligo di ciascuno Stato membro dell’Ue di riconoscere l’attività degli enti creditizi autorizzati in uno dei Paesi membri, consentendo loro di operare nel proprio territorio.

Intanto è possibile l’attività presso altri Stati membri, in quanto sussiste questo principio di mutuo riconoscimento, e questo principio è garantito soprattutto attraverso la normativa europea che è comune a tutti gli stati membri.

L’autorità di vigilanza può solo vietare l’insediamento per ragioni che attengono all’adeguatezza delle strutture organizzative o della situazione finanziaria, economica e patrimoniale della banca.

Quindi, l’autorità di vigilanza esamina i progetti di espansione territoriale predisposti dalla banca e, tenendo conto che la vigilanza sulle banche significative spetta alla Bce, quest’ultima può vietare un progetto che contrasta con la sana e prudente gestione della banca.

L'apertura di una succursale in un altro Paese dell'Unione è soggetta al controllo dell'autorità del Paese d'origine.
La banca deve comunicare l'intenzione di aprire la succursale all'autorità di vigilanza del Paese d'origine ai fini della notifica alle autorità del Paese di insediamento.
Per le banche significative la notifica deve essere inviata alla Banca d'Italia, che deve informare la Bce. Se la Bce non si oppone entro 2 mesi, la succursale può iniziare ad operare. La Bce, poi, comunicherà tale informazione al Paese dove la succursale è stabilita.
Per le banche meno significative, invece, la procedura continua ad essere di competenza della autorità nazionali.
L'apertura di una succursale in una Paese extra-UE richiede un provvedimento autorizzato da parte dell'autorità di vigilanza.
Il rilascio di questa autorizzazione spetta formalmente all Banca d'Italia ma, tenendo conto che la vigilanza prudenziale delle banche significative spetta alla Bce, se si tratta di queste banche, la Banca d'Italia dovrà chiedere il parere vincolante della Bce. Inoltre, in questo caso, è necessario il rispetto delle disposizioni vigenti nel Paese ospitante.
Oltre le succursali, sono state create banche online, cioè banche che non hanno succursali e che operano mediante promotori finanziari e strumenti di comunicazione a distanza con i clienti.
In caso di offerta fuori sede di servizi di investimento si applica la disciplina speciale stabilita dal testo unico della finanza e dalle disposizioni emanate dalla Consob. Per la prestazione di altri servizi bancari sono stabili dei limiti, come il novero di soggetti che possono promuove o collocare prodotti bancari.
Queste regole sono giustificate dall'esigenza di garantire la corretta applicazione da parte degli intermediari delle regole sulla trasparenza e sull'antiriciclaggio.
La prestazione di servizi senza stabilimento nei paesi del'Unione è libera, in base al principio del mutuo riconoscimento; invece, nei paesi extra-UE deve essere autorizzata dall'autorità di vigilanza.
In quest'ultimo caso, l'autorizzazione spetta formalmente alla Banca d'Italia, ma, se si tratta di banche significative, questa dovrà chiedere il parere vincolante alla Bce. Inoltre, la libera prestazione di servizi in paesi extra-UE deve avvenire nel rispetto delle regole del paese ospitante.

In seguito alla creazione del mercato unico europeo in campo bancario nel 1993, le banche europee possono stabilire succursali ed esercitare le attività ammesse al mutuo riconoscimento nel territorio dell'Unione in libera prestazione di servizi previa una semplice notifica alle autorità del paese ospitante (passaporto europeo).
Una banca significativa di uno Stato membro che vuole stabilire una filiale nel territorio di un altro Stato membro partecipante al Mvu deve inviare la notifica all'autorità nazionale dove ha la sua sede principale.
L'autorità nazionale informa la Bce e, se la Bce non si oppone entro 2 mesi, la succursale può iniziare ad operare. La Bce comunica questa informazione allo Stato membro dove la succursale è stabilita.
Per le banche meno significative, invece, la procedura è di competenza delle autorità nazionali.

In casi di libera prestazione di servizi in paesi partecipanti al Mvu, la procedura è simile: sia se si tratta di banca significative, che di banche meno significative, è l'autorità nazionale del paese d'origine che invia la notifica al paese ospitante. La Bce viene solo informata dalle autorità del paese d'origine.

Nel caso di stabilimento o di prestazione di servizi senza stabilimento in Stati membri non partecipanti al Mvu, per le banche significative la Bce esercita i poteri che spettano all'autorità nazionale del paese d'origine. Per le banche meno significative, invece, questi poteri sono esercitati sempre dall'autorità nazionale.

Se la banca di un paese europeo, ma non partecipante al Mvu, vuole stabilire una succursale o esercitare libera prestazione di servizi in un paese partecipante, la notifica viene fatta dall'autorità nazional del paese d'origine all'autorità nazionale del paese ospitante, la quale informa la Bce.

Una banca può avere il passaporto europeo se rispetta tre condizioni:

- è un ente creditizio autorizzato dalle autorità dello Stato membro d'origine e sottoposto alle sue autorità competenti;
- le attività esercitate sono incluse nell'allegato 1 della direttiva UE 36/2013;
- le attività esercitate sono autorizzate dalle autorità dello Stato membro d'origine.

La succursale è una sede che costituisce parte di una banca, ma priva di personalità giuridica e che effettua direttamente in tutto o in parte l'attività della banca principale.

La caratteristica principale è l'assenza di personalità giuridica, di conseguenza non costituisce un centro d imputazione di rapporti giuridici autonomo ed è sprovvista anche di una propria autonomia patrimoniale.

Dunque si equipara la nozione di succursale alla nozione di sede secondaria di un'impresa, prevista dal codice civile.

Gli elementi caratterizzanti sono:

- la stabilità dell'organizzazione;
- la presenza di personale;
- lo svolgimento dell'attività con il pubblico.

Quindi, è necessario il ricorso a risorse organizzative e a risorse umane, pertanto non rientrano nella nozione di succursale gli sportelli automatici in territori diversi da quello dove si trova la sede legale.

La libera prestazione di servizi, prevista dall'art 16, invece, consente di esercitare operazioni bancarie in assenza di una stabile organizzazione.

Difatti, si identifica con l'esercizio di operazioni bancarie e finanziarie.

In assenza di una succursale o un'organizzazione meramente temporanea, quindi sono tutte quelle operazioni bancarie che possono svolgersi attraverso strumenti informatici, quindi prestazioni di servizi conclusi a distanza.

I principi del mutuo riconoscimento si applicano anche alle società finanziarie di emanazione bancaria: sono ramificazioni di banche che fanno parte di gruppi creditizi.

Tale disposizione veniva giustificata dalla necessità di assicurare la neutralità della normativa a fronte delle diverse possibilità organizzative delle imprese bancarie.

Tale disposizione, però, ha avuto una scarsa rilevanza pratica, infatti la normativa dell'Unione prevede condizioni molto restrittive per concedere il passaporto europeo alle società finanziaria. In particolare, l'impresa madre deve detenere almeno il 90% dei diritti di voto connessi con la detenzione di quote o azioni della filiazione.

È soggetto ad un regime diverso, relativamente all'apertura delle succursali, la **banca di credito cooperativo**, perché tale banca si caratterizza per il localismo, cioè esercita l'attività bancaria entro alcuni limiti territoriali; generalmente, infatti, sono banche a rilevanza regionale. Quindi, si pone il problema di aprire delle succursali, addirittura non soltanto negli Stati membri, ma anche all'interno de territorio nazionale.
In questo caso, è consentito alle banche di aprire sedi distaccate anche in un comune non rientrante nel territorio di competenza.
Tuttavia, vi é l'obbligo di raccogliere preventivamente l'adesione di almeno 200 soci residenti nel territorio della nuova sede, quindi è necessario che venga rispettato il requisito minimo della composizione societaria, composta da 200 unità.

I controlli su modifiche statuarie e aumenti di capitale

È previsto anche un controllo sulle modifiche statutarie delle banche, attraverso un provvedimento che accerti la conformità con la sana e prudente gestione (art 56 tub).
Questo potere non è previsto dal diritto dell'Unione, infatti tale provvedimento spetta formalmente alla Banca d'Italia. Tenendo conto che la vigilanza prudenziale spetta alla Bce, la Banca d'Italia dovrà richiedere il giudizio vincolante della Bce in caso di banca significativa.
Il progetto di modifica deve essere presentato alla Banca d'Italia prima di arrivare in assemblea. Se la Banca d'Italia accerta che le modifiche statuarie non contrastano con la sana e prudente gestione, rilascia il provvedimento di accertamento, necessario per l'iscrizione nel registro delle imprese.
Se la modifica riguarda l'aumento di capitale, è ancora più evidente che la decisione rientra nella competenza della Bce per le banche significative, che dovrà verificare sempre se l'aumento di capitale non contrasti con la sana e prudente gestione.
La Banca d'Italia richiede alla banca un informativa preventiva prima di sottoporre l'argomento all'approvazione dell'assemblea dei soci, informazioni sulle modalità e i tempi di attuazione dell'operazione, sugli obiettivi perseguiti, sugli effetti dell'operazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria.
I controlli sullo statuto delle **banche di credito cooperativo**, invece, hanno un significato peculiare, in quanto lo statuto, per queste banche, rappresenta il canale attraverso il quale esse recepiscono i criteri prudenziali emanati dalla Banca d'Italia. Inoltre, la Federcasse (associazione nazionale della Bcc) redige uno statuto-tipo che viene sottoposto al controllo della Banca d'Italia. Le modifiche statuarie delle bcc in linea con gli statuti-tipo esaminati dalla Banca d'Italia sono soggetti ad un'attestazione di conformità successiva alla deliberazione assembleare. Queste

modifiche, infatti, sono valutate, in via preventiva e generale, come non contrastanti con la sana e prudente gestione.

La vigilanza regolamentare

Il patrimonio delle banche (più precisamente, si parla di “fondi propri”) è il principale riferimento delle regole di vigilanza prudenziale.

I fondi propri, infatti, rilevano per l’applicazione dei requisiti patrimoniali e sono rappresentati dal capitale sociale, dalle riserve e dalle altre voci di bilancio che, essendo nella piena disponibilità della banca, possono essere utilizzati liberamente per copertura dei rischi e delle perdite.

Per calcolare i fondi propri bisogna fare una somma algebrica fra elementi positivi e negativi del bilancio.

I fondi propri sono rappresentati dalla somma del capitale di casse 1 e del capitale di classe 2.

Il capitale di classe 1 si distingue in capitale primario di classe 1 e capitale aggiuntivo di classe 1: tale distinzione per individuare quella parte di capitale di migliore qualità di cui la banca ha la piena disponibilità per coprire le perdite.

Le voci che compongono il capitale primario di classe 1 sono le azioni ordinarie e le riserve di utili. Gli strumenti finanziari che possono essere compresi in questo capitale devono avere caratteristiche rigorose in termini di capacità di assorbimento delle perdite, permanenza, flessibilità nei pagamenti. Da questi elementi vengono dedotte alcune componenti negative, in particolare le perdite relative all’esercizio in corso, i beni immateriali, le azioni proprie, le partecipazioni in società finanziarie e assicurazioni.

Il capitale aggiuntivo di classe 1 è costituito dal capitale versato a fronte di strumenti finanziari assimilabili alle azioni purché siano perpetui, non contengano incentivi al rimborso, non siano coperti da garanzia che aumenti il rango nella partecipazione alle perdite da parte della banca o di soggetti controllati o controllanti, e siano rispettate altre condizioni da cui si possa escludere la loro assimilazione alle passività. Anche per tale capitale devono essere effettuate deduzione (che seguono criteri meno rigidi rispetto al primo).

Il capitale di classe 2 è costituito dagli strumenti ibridi di patrimonializzazione, cioè passività irredimibili e rimborsabili su richiesta dell’emittente e con il previo consenso dell’autorità di vigilanza, e delle passività subordinate, cioè passività della banca che costituiscono una riserva per far fronte ad eventuali squilibri di gestione che possono incidere sul capitale iniziale.

Le banche devono rispettare un requisito patrimoniale per fronteggiare i rischi dell’attività bancaria e finanziaria:

- **rischio di credito**: rischio di perdita per inadempimento dei debitori;
- rischio di controparte: rischio che la controparte di una transazione avente ad oggetto strumenti finanziari derivati, o altre specifiche operazioni, risulti inadempimenti prima del regolamento della stessa;
- r**ischio di mercato**: rischi di perdite che possono derivare dall’operatività sui mercati riguardanti strumenti finanziari, valute e merci.

- **rischio operativo**: rischio che la banca subisca delle perdite derivanti dall'inadeguatezza o dalla disfunzione di procedure, risorse umane, oppure da eventi esogeni. In questo rischio è compreso il rischio legale.

Il requisito complessivo minimo è pari all'8% delle attività ponderate per il rischio.

Per il calcolo del requisito patrimoniale a fronte del rischio di credito c'è stata una lunga evoluzione.

Il nuovo accordo di Basilea del 2004, infatti, ha introdotto alcune innovazioni. Sono stati introdotti due metodi che le banche possono adottare per valutare la rischiosità della loro attività: il metodo standard e il metodo dei rating interni.

Il metodo standard prevede la suddivisione delle esposizioni in diverse classi di rischio. Alle esposizioni verso le varie categorie di controparti, le banche possono attribuire ponderazione che si basano su valutazioni del merito creditizio effettuate da agenzie esterne, cioè agenzie di rating e di assicurazione dei crediti all'esportazione, specializzate a valutare il merito creditizio dei soggetti che emettono obbligazioni nei mercati finanziari. Per le esposizioni prive di rating esterno, invece, si deve applicare una ponderazione di rischio pari a 100.

Il metodo di rating prevede due varianti: di base e avanzato.

Nel metodo di base ogni banca stima direttamente la probabilità di insolvenza dei debitori e utilizza dei parametri fissati dalle autorità per le stime relative ad altri fattori di rischio.

Nel metodo avanzato, invece, è rimessa alla banca la stima della maggior parte delle variabili di rischio.

Sono stati introdotte, poi, altre novità con Basilea 3.

Sono state stabilite nuove misure patrimoniali, imponendo dei buffers di capitale aggiuntivi, che non sono determinati in base ai rischi del proprio attivo e si sommano al requisito patrimoniale complessivo calcolato per fronteggiare i rischi dell'attivo.

È stato previsto un altro cuscinetto di capitale aggiuntivo rispetto ai minimi regolamentari, chiamato riserva di conservazione del capitale, pari al 2,5% del capitale primario di classe 1 in rapporto all'attivo complessivo a rischio. L'obiettivo è quello garantire un livello minimo di capitale regolamentare in momenti di crisi del mercato, attraverso l'accantonamento di risorse patrimoniali in periodi non caratterizzati da tensioni.

Inoltre, nei periodi di eccessiva crescita le autorità possono imporre la riserva anticiclica, che consente di accumulare capitale primario di classe 1 che servirà poi ad assorbire le perdite nelle fasi discendenti del ciclo.

Alle istituzioni bancarie rilevanti su scala globale è richiesta una dotazione di capitale più elevata dato che pongono rischi maggiori per il sistema finanziario e la loro crisi potrebbe pesare sui contribuenti. Queste banche sono inserite in diverse categorie e, a seconda della categoria, è richiesto un cuscinetto di capitale primario di classe 1 aggiuntivo rapportato all'esposizione complessiva.

Poi, ogni Stato membro può fissare una riserva di capitale a fronte del rischio sistemico per il settore finanziario, al fine di prevenire e attenuare il rischio sistemico o macroprudenziale non ciclico.

Basilea 3 ha introdotto anche una regola di patrimonializzazione che impone alle banche una leva finanziaria: le banche devono detenere un capitale di classe 1 pari ad almeno il 3% delle attività non ponderate per il rischio.

Per fronteggiare il rischio c'è bisogno, innanzitutto, di una corretta valutazione del merito creditizio.
La diversificazione dei prestiti rende più difficile che la mancata restituzione delle somme possa comportare perdite tali da compromettere l'intermediario.
Le disposizioni di vigilanza prevedono limiti quantitativi agli affidamenti concessi al singolo cliente e regole organizzative:

- i limiti quantitativi sono rapportati al patrimonio e si applicano anche ai prestiti verso clienti legati da connessioni giuridiche o economiche.
- le regole organizzative impongono alle banche di adottare misure idonee ad identificare i rischi e ad individuare le connessioni fra i clienti.

Inoltre, per valutare il merito creditizio è importante la Centrale dei rischi, istituita presso la Banca d'Italia, che fornisce alle banche le informazioni sull'indebitamento dei clienti verso il sistema e si fronteggia anche il multi-affidamento (debitori che si rivolgono a più intermediari).

Una banca ha problemi di liquidità quando non è in grado di far fronte ai propri impegni di pagamento per l'incapacità di reperire fondi sul mercato o di smobilizzare i propri attivi.
Per fronteggiare il rischio di liquidità sono state introdotte due regole:

- il requisito di copertura, per assicurare che le banche detengano un ammontare di attività liquide di elevata qualità, che consenta loro di resistere a situazioni di stress sul mercato per 30 giorni;
- il requisito di finanziamento stabile, che garantisce un equilibrio strutturale del bilancio bancario, incentivando il riscorso a fonti di finanziamento stabili per far fronte ad obbligazioni a lungo termine, sia in condizioni normali che in condizioni di stress.

Inoltre, le disposizioni di vigilanza prevedono anche controlli interni e organi di vertice della banca per fronteggiare il rischio di liquidità. È previsto l'obbligo di predisporre piani di emergenza per fronteggiare situazioni avverse nel reperimento di fondi liquidi e per potere velocemente ripianare carenze di liquidità.

Fra le regole prudenziale rientrano anche quelle relative alle operazioni fatte con i soggetti collegati, al fine di evitare il rischio che quest'ultimi possano influenzare le scelte gestionali.
I soggetti collegati sono rappresentati da una parte correlata e dai soggetti a essa connessi in virtù di legami societari o familiari.
Le parti correlate sono gli esponenti aziendali, i principali azionisti e coloro capaci di condizionare la gestione della banca in quando esercitano il controllo o un'influenza notevole. Ma, fra le parti correlate ci sono anche le società o le imprese controllate o sottoposte a influenza notevole da parte della banca.

Per fronteggiare questi rischi sono previsti limiti quantitativi agli affidamenti e regole procedurali e organizzative.

I limiti quantitativi sono differenziate in base alle diverse tipologie di soggetti collegati, all'intensità delle relazioni e alla rilevanza dei rischi. I crediti e le altre attività nei confronti dei soggetti collegati non possono superare il 20% del patrimoniale individuale della banca.

Sono previsti limiti più stringenti per i rischi inerenti i conflitti di interesse nelle relazioni banca-industria.

Sul piano procedurale, sono previste regole per l'assunzione di attività di rischio nei confronti di soggetti collegati, anche in virtù dev'art 136 tub, che stabilisce specifiche cautele per l'assunzione di obbligazioni da parte della banca verso esponenti della banca e delle società del gruppo.

Dato che le banche quotate sono soggette alle disposizioni della Consob (così come stabilito dal codice civile) in tema di interessi degli amministratori e di operazioni con parti correlate, le disposizioni di vigilanza prevedono criteri omogenei a quelli adottati dalla Consob in modo tale che le banche possono rispettare entrambe attraverso l'adozione di un solo procedimento deliberativo.

Poi, le disposizioni di vigilanza prevedono controlli interni che attribuiscono compiti e responsabilità agli organi aziendali al fine di prevenire i conflitti di interesse, oltre che obblighi di rendimento dei soggetti collegati e di controllo dell'andamento delle esposizioni.

L'organizzazione

Fra gli strumenti di vigilanza, troviamo i controlli sull'organizzazione delle banche (art 53 tub).

Una buona organizzazione non è una garanzia assoluta, ma sicuramente permettono di prevenire i rischi.

Le regole di vigilanza, infatti, indicano quale deve essere l'assetto organizzativo, le regole, le procedure, le strutture e le risorse per assicurare un adeguato controllo dei rischi.

Le regole di vigilanza riguardano:

- il sistema dei controlli interni;
- la corporate governance;
- i sistemi di remunerazione dei manager.

I controlli interni

Al vertice del sistema dei controlli ci sono gli organi della banca, che devono assicurare un adeguato sistema di controllo dei rischi.

Per un efficace sistema di controllo interno esistono:

- controlli di linea: sono fatti da strutture operative nello svolgimento dell'attività ordinaria per verificare il corretto svolgimento delle operazioni.
- controlli sui rischi e sulla conformità: sono fatti da strutture specializzate al fine di verificare la corretta attuazione del processo di gestione dei rischi e la conformità alle regole aziendali.
- revisione interna: per individuare eventuali violazioni delle procedure e delle regole, oltre che valutare periodicamente l'efficace funzionamento dei controlli interni.

Determinare la propensione al rischio è necessario per evitare politiche incontrollate di crescita dei rischi (come avvenuto durante la crisi finanziaria) e, per questo motivo, vengono fissati limiti massimi di rischio che l'intermediario può assumere, tenendo conto della sua struttura organizzativa.

Oltre questo, bisogna verificare la conformità dei regolamenti alla legge alla luce del rischio operativo e del rischio di reputazione.

Rischio operativo vuol dire rischio di subire perdite dovuto all'inadeguatezza o alla disfunzione delle procedure, risorse umane e sistemi interni, oppure ad eventi esogeni.

Nel rischio operativo, inoltre, è compreso il rischio giuridico, cioè il rischio di subire perdite in seguito a violazioni di leggi o di regolamenti.

Rischio di reputazione è il rischio di flessione degli utili o del capitale dovuto ad una percezione negativa dell'immagine della banca da parte dei clienti, degli investitori e degli azionisti.

Le regole di corporate governance

Le regole di corporate governance sono regole emanate nel 2008 e inserite in un quadro sistematico, semplicemente recependo le disposizioni di vigilanza aggiornate alla luce delle nuove regole del diritto societario del 2003 sui modelli di amministrazione e controllo.

Nel 2004, il legislatore ha confermato tale scelta affidando la disciplina societaria delle banche al diritto comune, anche se con dei limiti.

La Banca d'Italia, infatti, ha limitato l'autonomia statuaria delle banche rispetto alle altre società e sono aumentati i vincoli normativi alle scelte aziendali in materia di governo societario.

Le norme non solo stabiliscono i principi generali cui l'assetto del governo societario deve ispirarsi, ma anche precise regole di dettaglio sull'organizzazione.

Questo indirizzo rappresenta la risposta del legislatore alla crisi finanziaria.

Anche la supervisione sulle banche diventa più intrusiva rispetto al passato: il controllo sul governo societario non viene effettuato solo al momento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, ma le banche devono anche redigere un progetto di governo societario in cui specificano le motivazioni della scelta del modello di amministrazione e controllo che deve essere aggiornato e sottoposto all'autorità competente.

Nelle disposizioni di vigilanza in materia di governo societario sono fissate alcune linee guida:

- la distinzione fra la funzione di supervisione e la funzione di gestione, attribuite ad organi diversi: questa netta distinzione è giustificata dal voler favorire la dialettica aziendale, quindi evitare la concentrazione del potere in poche mani o esclusivamente nelle mani di un capo aziendale.

  Inoltre, per assicurare questa dialettica: alcune decisioni strategiche non possono essere oggetto di delega, ma devono essere rimesse alla competenza del consiglio di amministrazione; deve essere preservato il potere dei singoli consiglieri; il contenuto delle deleghe deve essere puntuale per consentire all'organo collegiale il loro corretto adempimento; l'attribuzione di compiti di supervisione al consiglio di sorveglianza non deve portare ad ingerenze da parte di questo nella gestione; il presidente del consiglio di amministrazione non deve avere un ruolo esecutivo e non deve svolgere funzioni gestionali.

- il rafforzamento dell'autonomia dell'organo che esercita il controllo interno, in quanto è il referente dell'organo di vigilanza: l'organo di controllo si avvale di informazioni che provengono dalle funzioni e dalle strutture di controllo interno; le relazioni delle funzioni di revisione interna devono essere direttamente trasmesse anche all'organo con funzione di controllo; i componenti di quest'organo non possono assumere cariche in organi diversi da quello con funzione di controllo presso altre società del gruppo; deve essere uno stretto coordinamento fra quest'organo e il soggetto che si occupa del controllo contabile; il consiglio di sorveglianza deve poter fare procedere ad atti di ispezione e controllo e lo statuto prevede che i poteri ispettivi siano esercitati da un comitato interno all'organo; la revoca dei componenti del consiglio di sorveglianza deve essere motivata.
- l'aumento delle regole che consentono ai membri degli organi di svolgere i loro compiti in modo efficace e sulla base di informazioni adeguate: i principi contenuti nei codici di corporate governance vengono trasposti in regole di vigilanza. In questo senso, le norme bancarie si limitano a rendere vincolanti le best practices di corporate governance: regole che limitano il numero dei componenti degli organi collegiali; regole che impongono alle banche di maggiore dimensione di formalizzare piani di successioni per le posizioni al vertice per garantire la continuità aziendale; regole che limitano il numero degli incarichi di amministratore che possono essere ricoperti contemporaneamente da un membro dell'organo di gestione; regole che impongono alle banche di maggiori dimensioni la creazione di tre comitati in tema di nomine, rischi e remunerazioni; regole che impongono processi di autovalutazione degli organi da farsi periodicamente.

Infine, è necessaria la definizione, in appositi regolamenti, di tempi, forme e contenuti della documentazione da trasmettere ai singoli componenti degli organi. L'obbligo di favorire la circolazione di informazioni fra i consigliere senza deleghe serve ad agire in modo adeguatamente informato (così come stabilito dalle disposizioni civilistiche). È una regola di buon governo societario che assicura il corretto funzionamento dei controlli interni nelle banche.

Le politiche di remunerazione

Le politiche di rimunerazione è stato un tema ampiamente discusso e, soprattutto in seguito alla crisi finanziaria, à stata stabilita la vincolatività di tali regole.

Innanzitutto, si prevede la trasparenza delle remunerazioni, infatti le banche sono soggette ad obblighi informativi nei confronti delle autorità e del mercato. Poi, i compensi dei membri degli organi e di altre figure di alta amministrazione devono essere pubblicati sul sito web della banca.

Sono regole che fanno riferimento a figure rilevanti dell'azienda, che possono incidere sul profilo di rischio della banca.

Queste norme attribuiscono un ruolo preminente all'assemblea per favorire la consapevolezza e il controllo degli azionisti su questo aspetto contemporaneamente al controllo pubblico esterno.

L'assemblea, oltre ad approvare i compensi, deve approvare: le politiche di remunerazione di incentivazione degli organi e del personale; i piani di remunerazione basati su strumenti finanziari; i criteri per la determinazione del compenso in caso di conclusione anticipazione del rapporto di lavoro; la remunerazione per particolari cariche dei membri del consiglio di sorveglianza.

Per allineare gli incentivi con gli interessi a lungo termine della banca, sono previsti vincoli alla struttura dei sistemi di remunerazione.
Questi vincoli prevedono uno stretto collegamento fra la parte variabile della remunerazione e la performance aziendale.
Si prevede che: deve esserci un bilanciamento fra la componente variabile e la componente fissa; il rapporto fra componente variabile e componente fissa non deve superare il 100%; la componente variabile deve essere rapportata agli indicatori di performance e misurata al netto dei rischi; il periodo di valutazione della performance deve essere almeno annuale, ma preferibilmente pluriennale; la componente variabile deve essere pagata, almeno in parte, in maniera differita; la componente variabile deve essere sottoposta a meccanismi di correzione successivi.
Le forme di retribuzione incentivante, basate su strumenti finanziari o collegate alla performance aziendale, devono tener conto dei rischi assunti, del capitale e della liquidità necessari a fronteggiare le attività intraprese, oltre che essere strutturate in modo da evitare il prodursi di incentivi in contrasto con l'interesse della società.
Analoghi principi si applicano ai trattamenti pensionistici e ai compensi in caso di conclusione anticipata del rapporto di lavoro, i c.d. golden parachutes, che devono essere collegati alla performance realizzata e i rischi assunti dalla parsone e dalla banca.

Le partecipazioni detenibili

Le disposizioni di vigilanza emanate dalla Banca d'Italia prevedono una serie di vincoli per contenere i rischi di un eccessivo immobilizzo dell'attivo derivante da investimenti partecipativi in altre imprese. Inoltre, in caso di acquisto di partecipazioni in imprese non finanziarie, le norme si preoccupano anche di eventuali conflitti di interesse.
L'autorità esercita un forte controllo quando l'acquisto di partecipazione comporta il controllo dell'impresa: l'autorità verifica la sostenibilità finanziaria dell'investimento, i rischi e l'esistenza di eventuali ostacoli all'esercizio della vigilanza.
Esistono diversi strumenti per il controllo sull'acquisto di partecipazioni: limiti generali, autorizzazioni, regole organizzative e di governo societario. Tali regole, inoltre, prevedono una netta distinzione fra investimenti in imprese finanziarie e investimenti in imprese non finanziarie.
L'unica regola comune a tutti gli acquisti di partecipazioni è il limite complessivo per gli investimenti in immobili e in partecipazioni rapportato al patrimonio: non si può acquistare oltre il margine disponibile, cioè la differenza fra i fondi propri e la somma delle partecipanti e degli immobili.
In caso di acquisto di partecipazioni in imprese non finanziarie, invece, le banche, le imprese finanziarie e le imprese assicurative sono soggette alla preventiva autorizzazione della Banca d'Italia in due casi:

- se, considerando le azioni, le quote, gli strumenti e i diritti già detenuti, la partecipazione supera il 10% dei fondi propri consolidati del gruppo bancario partecipante;
- se comporta il controllo o l'influenza notevole e l'impresa in cui si vuole acquisire la partecipazione è insediata in un paese extra-UE oppure al di fuori del Gruppo dei dieci.

Le decisioni relative all'acquisto di partecipazioni che comportano la modifica del gruppo devono essere comunicate all'autorità di vigilanza, la quale può condizionare, vietare l'acquisizione od ordinare l'interruzione dell'operazione se questo è in contrasto con la sana e prudente gestione oppure ostacola la vigilanza.

Per l'acquisto di partecipazioni in imprese non finanziarie, in passato c'era un limite quantitativo rapportato al capitale della partecipata e nessuna banca poteva acquisire una partecipazione di controllo o di rilievo in un'impresa non finanziaria alla luce del principio di separatezza banca/industria.

Questo principio era fissato per evitare che i conflitti di interesse potessero impedire una corretta valutazione del merito creditizio, ma oggi è stato eliminato in quanto gli stessi obiettivi possono essere perseguiti prevedendo procedure rigorose e limiti per gli affidamenti ai soggetti collegati.

Inoltre, il principio di separatezza era contrario anche alla luce del mercato unico europeo e della concorrenza degli intermediari dei paesi dell'Unione.

Le autorità creditizie italiane, infatti, hanno modificato la disciplina, rendendola più omogenea con quella degli altri paesi dell'Unione.

Oggi, sono previsti due limiti per l'acquisto di partecipazioni in imprese non finanziarie:

- il limite della concentrazione: non si può detenere una partecipazione qualificata in un'impresa non finanziaria superiore al 15% del capitale ammissibile della banca;
- un limite complessivo: l'insieme delle partecipazioni qualificate detenute in imprese non finanziarie non può superare il 60% del capitale ammissibile della banca.

Per evitare conflitti di interesse, invece, sono stabilite regole organizzative, in particolare l'organo della banca con funzione strategica deve approvare le politiche interne di gestione del rischio in materia di partecipazioni in imprese non finanziarie.

La vigilanza informativa e le informazioni per il mercato

Le banche sono soggette ad un duplice obbligo:

- inviare alla Banca d'Italia le segnalazioni periodiche e ogni altro dato o documento richiesto;
- inviare alla Bce le informazioni necessarie affinché quest'ultima assolva ai propri compiti.

Inizialmente l'invio di queste informazioni avveniva attraverso un metodo informatizzato, chiamato "matrice dei conti". La matrice dei conti conteneva dati statistici relativi allo stato patrimoniale, altri dati statistici, dati di bilancio, informazioni relative al patrimonio e coefficienti prudenziali.

Oggi, bisogna considerare che le segnalazioni di vigilanza statistiche e prudenziali sono oggetto di armonizzazione e l'Abe ha emanato specifici Its in materia (Implementing technical standards).

Anche se questi provvedimenti hanno efficacia diretta negli Stati membri, viene lasciato un margine d'intervento nella richiesta di informazioni alle autorità nazionali. Infatti, le segnalazioni di vigilanza statistiche e prudenziali rappresentano solo una parte delle informazioni che gli intermediari devono inviare alle autorità di vigilanza, le quali possono comunque chiedere ulteriori informazioni, oltre che quelle necessarie a verificare il rispetto delle normative nazionali.

La normativa in materia di segnalazioni prevede informazioni armonizzate e informazioni non armonizzate, ma la Banca d'Italia ha confermato il modello di trasmissione "a matrice".

La responsabilità sulla correttezza delle segnalazioni di vigilanza è a carico degli organi aziendali, i quali, dato che non possono essere a conoscenza degli enormi flussi informativi, fanno riferimento a rendiconti sintetici. Gli organi aziendali, inoltre, sono responsabili dell'adeguatezza delle procedure utilizzate per inviare e per controllare tali segnalazioni.

Tutto questo flusso informativo è necessario sia all'autorità sia vigilanza, per esercitare il suo controllo, sia per l'intermediario stesso, che controlla costantemente la sua situazione economica.

Il Srep

L'analisi delle informazioni rientra nell'attività di supervisione sulle banche e spetta, per le banche meno significative alla Banca d'Italia, per le banche significative alla Bce.

In questo modo, le autorità controllano con continuità la gestione dell'impresa.

Tale attività si svolge secondo un preciso sistema, chiamato Srep, utilizzato per accertare che le banche si dotino di regole patrimoniali e organizzative capaci di assicurare l'equilibrio gestionale e in conformità ai rischi assunti.

Si articola in due fasi:

- l'analisi dell'esposizione ai rischi rilevanti assunti e dei presidi organizzativi predisposti;
- la determinazione eventuale delle misure correttive.

Il ciclo di valutazione si compone, a sua volta, di tre processi:

- il primo consente all'autorità di pianificare l'attività;
- il secondo controlla che venga rispettata la regolamentazione prudenziale, l'analisi del processo di autovalutazione interno alle banche, la valutazione dell'esposizione ai rischi.
- il terzo comporta la formulazione di un giudizio complessivo sulla banca.

Alla fine, si attribuirà un punteggio complessivo all'intermediario.

Momento fondamentale è rappresentato dal giudizio sull'autovalutazione da parte della banca, la quale deve dotarsi di strumenti capaci di determinare il livello di capitale interno adeguato a fronteggiare ogni tipologia di rischio. A seguito della crisi finanziaria, le banche devono anche dotarsi di un processo interno di valutazione dell'adeguatezza della liquidità.

Anche se tale vigilanza comporta un notevole dialogo fra la banca e le autorità, l'autorità di vigilanza ha precisato che tale confronto deve basarsi su una chiara distinzione dei ruoli e si deve svolgere con modalità capaci di preservare l'autonomia e l'indipendenza degli esponenti aziendali sui quali ricade la responsabilità delle scelte di governo dell'impresa.

La conduzione dello Srep da parte della Bce segue gli stessi principi: è affidata a gruppi di vigilanza congiunti (Jst) a cui partecipa anche il personale delle autorità di vigilanza nazionali.

Più precisamente, lo Srep si basa su: un sistema di analisi dei rischi; una revisione complessiva del processo interno di valutazione dell'adeguatezza patrimoniale e del processo interno di valutazione dell'adeguatezza della liquidità; una metodologia di quantificazione di capitale e liquidita, che valuta il fabbisogno degli enti creditizi in termini di capitolo e liquidita alla luce dei risultati della valutazione dei rischi.

Lo Srep serve a individuare le misure correttive migliori per il caso concreto e consistono in: richieste di rafforzamento patrimoniale della banca; restrizioni di attività; divieto di effettuare determinate operazioni o di distribuire utili.

Il novero delle misure correttive, però, è aumentato e, infatti, l'art 53bis tub indica tutti i provvedimenti che la Banca d'Italia può adottare nei confronti delle banche ove la situazione lo richieda.
A questo si aggiungono i poteri di intervento della Bce quando la banca viola le regole di vigilanza o nel caso in cui la sua situazione patrimoniale ed organizzativa non consenta una gestione solida per coprire i rischi.
Questo evidenzia che il legislatore, dopo la crisi finanziaria, ha voluto rendere più incisivo l'intervento delle autorità di vigilanza sulla gestione, anche se non ricorrono circostanze eccezionali e anche se la banca non si trovi in una situazione di dissesto.
L'emanazione di questi provvedimenti, inoltre, non consegue esclusivamente ai risultati del Srep, ma può avvenire in qualsiasi momento in seguito al dialogo con la banca in cui si rilevano delle criticità.
La Bce può effettuare indagini che consistono nella richiesta alla banca di documenti e nell'organizzare audizione per chiedere agli esponenti aziendali spiegazioni sulle loro scelte gestionali. La Banca d'Italia, invece, ha poteri maggiori nella fase interlocutoria con l'intermediario, infatti può forzare quest'ultimo ad assumere determinare scelte gestionali. In più, la Banca d'Italia può convocare gli organi gestionali fissandone l'ordine del giorno, per proporre l'assunzione di determinate decisioni e può procedere direttamente alla convocazione degli organi collegali delle banche quando gli organi competenti non abbiano provveduto.

L'analisi macroprudenziale

L'analisi macroprudenziali mira a individuare preventivamente situazioni vulnerabilità del sistema finanziario.
Tale analisi è affidata a due organi: il Comitato europeo per il rischio sistemico e il Financial stability board. Ma anche la Banca d'Italia si occupa di alcune valutazioni di carattere macroprudenziale.
La valutazione preventiva delle debolezze del sistema avviene anche con le prove di stress, svolti dal Fondo monetario internazionale per valutare la solidità del sistema finanziario e le possibili situazioni di vulnerabilità. È uno strumento complementare ai controlli tradizionali di vigilanza.
Anche dopo l'entrata in vigore del Mvu, i controlli macroprudenziali sono rimasti nella competenza delle autorità nazionali: l'autorità nazionale notifica la propria intenzione alla Bce e prima di adottare la decisione deve tener conto delle considerazioni di quest'ultima.

Le regole sul bilancio

Le regole in materia di vigilanza informativa sono utili anche per assicurare la qualità dell'informazione delle banche sul mercato.
La scelta di adottare i principi contabili internazionali, sia per il bilancio d'esercizio, che per quello consolidato, è stato rafforzato dal principio di coerenza fra informativa per il mercato e informativa per l'autorità di vigilanza. Tale coerenza permette di rendere più semplice la gestione dei dati da parte degli intermediari e consente di far arrivare al mercato informazioni più chiare.

Le informazioni per il mercato

Con i principi di Basilea 2, in base ai quali il controllo del mercato rappresenta il terzo pilastro della regolamentazione, le disposizioni di vigilanza hanno imposto alle banche di pubblicare un novero di informazioni molto più ampio, infatti devono essere comunicate al mercato le informazioni attinenti all'adeguatezza patrimoniale, all'esposizione dei rischi e le caratteristiche generali dei sistemi preposti all'identificazione e alla misurazione dei rischi.

Anche con Basilea 3 sono stati introdotti nuovi obblighi per le banche, riguardanti le informazioni relative agli utili e alle perdite prima delle imposte, all'ammontare delle imposte stesse e ai contributi pubblici ricevuti.

Comunicazioni del collegio sindacale e di altri soggetti all'autorità di vigilanza

Nella vigilanza informativa è fondamentale la collaborazione fra l'organo interno della società e l'attività di vigilanza.

Inizialmente esistevano precisi obblighi di comunicazione in capo al presidente del collegio sindacale, oggi estesi a tutto il collegio sindacale e agli altri organi di controllo interno per le società che adottano modelli di governo societario alternativi a quello tradizionale. Inoltre, tali obblighi sono stati estesi anche alle società che effettuano revisione dei conti e al personale della banca, i quali possono inviare segnalazioni anonime all'autorità di vigilanza.

Secondo l'art 52 tub, l'organo di controllo interno deve informare la Banca d'Italia di tutti gli atti o i fatti di cui venga a conoscenza durante il suo esercizio e che possono costituire un'irregolarità nella gestione della banca o una violazione di norme che ne disciplinano l'attività. Il concetto di "irregolarità" è più ampio di "violazione di legge", infatti comprende anche le scelte gestionali assunte in violazione dei principi di diligenza professionale.

Tenendo conto che le banche possono adottare modelli di amministrazione e controllo alternativi a quello tradizionale, l'art 52 tub prevede che lo statuto deve attribuire all'organo di controllo poteri necessari a garantire l'assolvimento dell'obbligo di rilevare le irregolarità nella gestione della banca e le violazioni di norme che disciplinano l'attività bancaria.

I soggetti che possono fare queste segnalazioni all'organo di vigilanza sono anche soggetti esterni che svolgono la funzione di revisione legale dei conti. Infatti, il revisore legale dei conti deve cominciare alla Banca d'Italia non solo atti o fatti che comportano la violazione delle norme in materia di attività bancaria, ma anche atti o fatti che possono pregiudicare la continuità aziendale o comportare un giudizio negativo, un giudizio con rilievi o una dichiarazione di impossibilita a formulare un giudizio sul bilancio.

Nel giugno 2015 sono state introdotte due nuove disposizioni:

- l'art 52bis obbliga le banche e dotarsi di procedure che garantiscono la riservatezza e la protezione del personale della banca che effettua segnalazioni;
- l'art 53ter afferma che la Banca d'Italia può usare le segnalazioni fatte del personale della banca solo nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza.

La vigilanza ispettiva

Le ispezioni sono controlli effettuati da funzionari dell'autorità di vigilanza presso le sedi delle banche.

Tali ispezioni vengono effettuate in collaborazione con gli uffici che svolgono la vigilanza informativa, e questo rende più efficace l'esercizio dei controlli.

Le ispezioni sono libere nel metodo, ma devono rispettare i principi che regolano l'azione amministrativa.

Le ispezioni servono a verificare l'esattezza dei dati che vengono inviati dagli intermediari all'organo di vigilanza e possono avere ad oggetto:

- la situazione complessiva dell'azienda;
- determinati comparti di attività;
- la verifica se siano state attuate o meno le misure correttive richieste dall'organo di vigilanza;
- aspetti di carattere generale che hanno rilevanza per il sistema finanziario nel suo complesso.

La distribuzione di competenza segue la distinzione fra banche significative, affidate alla Bce, e banche meno significative, affidate alla Banca d'Italia.

La Banca d'Italia ha delineato percorsi di analisi dettagliati, che vengono affidati ad un gruppo composto da dipendenti della stessa costituito appositamente, nominato dal governatore della Banca d'Italia.

Alla fine dell'ispezione, viene redatto il rapporto che si compone di due parti:

- la parte aperta, destinata agli organi aziendali e serve a far conoscere a questi le carenze rilevate e a comunicare loro gli eventuali fatti sanzionabili che daranno origine ad un procedimento in contraddittorio.
- i riferimenti riservati, destinati agli uffici di vigilanza e contengono la valutazione degli ispettori sulla situazione aziendale.

La Bce può effettuare ispezioni in loco presso le banche soggette alla sua competenza, previa notifica all'autorità di vigilanza nazionale, ma anche senza preavviso alla banca.

I funzionari dell'autorità nazionale competente possono partecipare alle ispezione della Bce e la assistono, soprattutto per rimuovere eventuali ostacoli dell'ordinamento nazionale.

La Bce ha istituito una divisione Ispettorato responsabile della pianificazione delle ispezioni in loco su base annuale. Il Gruppo di vigilanza ha stabilito l'esigenza di un'ispezione e la pianifica in collaborazione con la divisione Pianificazione e coordinamento della Bce.

La composizione del gruppo stabilita ad ogni singola ispezione e la Bce, in collaborazione con le autorità nazionali, sceglie il personale del gruppo d'ispezione.

Il capo del gruppo (capo missione) e gli ispettori sono nominati dal Bce, previa consultazione delle autorità nazionali, ma la Bce può ricorrere anche ad esperti esterni.

Alla fine dell'ispezione, il gruppo redige una relazione, che viene firmata dal capo missione e inviata alle autorità nazionali competenti.

Prima di inviare la relazione alla banca è prevista una riunione con gli esponenti aziendali per discutere dei risultati dell'ispezione.

La vigilanza consolidata

La vigilanza consolidata nasce per garantire controlli pubblici adeguati al concreto assetto organizzativo scelto dalle banche.

Molte banche si organizzano in gruppi, cioè un insieme di società giuridicamente distinte, ma unite da legami di controllo societario.

I gruppi sono organizzativi in forma piramidale: al vertice abbiamo un soggetto, definito capogruppo, cui fanno capo le partecipazioni di controllo in altre società e che esercita attività di direzione e coordinamento su tutte le società del gruppo.

Tutte le società vengono gestite come se si trattasse di un'unica impresa.

Il gruppo presenta diversi vantaggi, come la possibilità di sfruttare l'effetto di leverage: l'ammontare di capitale investito dal soggetto al vertice è una frazione del capitale complessivo facente capo alle società appartenenti al gruppo. Più si allunga la catena partecipativa, più questa frazione si riduce.

Inoltre, il gruppo consente anche una maggiore flessibilità degli investimenti e strutture organizzative più snelle, oltre che facilitare le alleanze con le altre imprese e rendere più facile la gestione complessiva.

Con la vigilanza consolidata, l'autorità esercita il controllo sull'attività complessiva del gruppo.

Dato che si stabilisce una separazione fra le diverse componenti del gruppo, ossia una separazione fra i diversi patrimoni, questo impedirete la trasmissioni dei rischi dalle società controllate o controllanti alla banca.

In realtà, nonostante questo, la crisi di una parte del gruppo potrebbe produrre conseguenze negative anche sulla banca capogruppo. Infatti, la banca potrebbe essere chiamata a coprire i debiti delle controllate, oltre che essere danneggiata nella sua reputazione e generare dubbi sulla sua solvibilità.

Il tub, agli artt. 60 ss., delinea il perimetro del nucleo dei soggetti di maggiore rilievo ai fini della vigilanza consolidata, definito gruppo bancario, e stabilisce principi e regole che garantiscono un'efficace supervisione.

Innanzitutto, il legislatore individua il soggetto che può essere capogruppo: una banca o una società di partecipazione finanziaria o una società di partecipazione finanziaria mista, che abbiano sede in Italia. Invece, fanno parte del gruppo tutte le società bancarie, finanziarie e strumentali, con sede legale in Italia e all'estero, controllate sempre dalla capogruppo.

La nozione di "controllo" definita dall'art 23 tub è diversa dalla nozione indicata dall'art 2359 c.c.

L'art 2359 individua i casi in cui una società ha il potere di influenzare la volontà di un'altra, soprattutto l'assemblea dei soci. L'art 23, invece, individua il soggetto che ha il potere di influenzare la gestione dell'impresa in modo stabile.

Una società, diversa da una banca, può essere definita capogruppo quando, nell'insieme delle società controllate, hanno rilevanza determinante quelle bancarie, finanziarie e strumentali. E questo avviene quando il totale dell'attivo del bilancio delle componenti finanziarie del gruppo è pari o superiore al totale dell'attivo di bilancio dell'intero gruppo, comprese le componenti non finanziarie.

La società finanziaria a partecipazione mista, invece, è una società diversa da una banca, da un'assicurazione o da una Sim che, detenendo partecipazioni nel settore bancario e assicurativo,

è al vertice di un conglomerato finanziario, cioè di un gruppo di cui fanno parte banche Sim e assicurazioni. Anche in questo caso, per considerare tali società un gruppo bancario, bisogna rispettare la condizione della rilevanza determinante delle società del gruppo che esercitano attività bancaria, finanziaria e strumentale.

Il gruppo bancario deve essere iscritto in un albo tenuto dalla Banca d'Italia e la capogruppo è il referente dell'organo di vigilanza per quanto attiene alla vigilanza consolidata.

L'art 61 tub ha portato a diversi dibattiti interpretativi poiché rende obbligatoria l'attività di direzione e coordinamento svolta dalla capogruppo ai fini dell'esecuzione delle disposizioni di vigilanza.

La disciplina delinea un modello di gruppo accentrato, dove l'attività di direzione e coordinamento è attività d'impresa, che consente valutazioni discrezionali sulle modalità attuative delle disposizioni di vigilanza emanate dall'autorità al fine della stabilità del gruppo.

L'attività di direzione e coordinamento, inoltre, non è assolta, infatti la disciplina bancaria non afferma la prevalenza dell'interesse della capogruppo su quello delle controllanti; lo scopo è esclusivamente l'interesse alla stabilità del gruppo.

La capogruppo è soggetta anche alle disposizioni civilistiche sulla responsabilità della capogruppo.

Il gruppo bancario comprende solo una parte dei soggetti collegati ad una banca, infatti la disciplina del gruppo non considera i casi in cui vi siano rapporti partecipativi anche se non di controllo (partecipazioni di minoranza); i casi in cui la capogruppo non ha sede in Italia; le imprese che come oggetto principale hanno l'attività non finanziaria (imprese industriali); le imprese assicurative.

Queste ipotesi rilevano in forma diversa per l'applicazione della vigilanza consolidata.

La vigilanza consolidata per soli fini informativi ed ispettivi comprende, oltre al gruppo bancario:

- le società bancarie, finanziarie e strumentali partecipate per almeno il 20% dalle società appartenenti ad un gruppo bancario o da un singola banca;
- le società bancarie, finanziarie e strumentali non comprese in un gruppo bancario, ma controllate dal soggetto che controlla un gruppo bancario o una singola banca;
- le società che controllano almeno una banca;
- le società non bancarie, non finanziarie e non strumentali quando sono controllate da una banca o quando società appartenenti ad un gruppo bancario o soggetti che controllano almeno una banca detengono una partecipazione di controllo.

Alcuni di questi soggetti sono tenuti a fornire informazioni periodiche all'autorità di vigilanza; altri possono essere chiamati da quest'ultima a fornire dati e informazioni. Tutti i soggetti, però, possono essere soggetti a ispezioni.

Nei casi in cui il gruppo bancario si estende anche all'estero, nel senso che il vertice si trova all'estero oppure alcune società controllate non abbiano la sede in Italia, si applicano le norme europee e gli accordi internazionali a cui l'Italia aderisce.

In quest'ultimo caso, le norme europee prevedono dei criteri specifici per individuare l'autorità competente ad esercitare la vigilanza consolidata:

- se la capogruppo è una banca, la vigilanza consolidata viene esercitata dalle autorità che hanno rilasciato l'autorizzazione;
- se la capogruppo è una società di partecipazione finanziaria o una società di partecipazione finanziaria mista che controlla una sola banca che si trova in un altro Stato membro, la vigilanza consolidata spetta all'autorità di vigilanza che ha rilasciato l'autorizzazione alla banca;
- se la capogruppo è una società di partecipazione finanziaria o una società di partecipazione finanziaria mista che controlla più banche in diversi Paesi dell'Unione, la vigilanza consolidata spetta all'autorità di vigilanza in cui si trova la capogruppo e almeno una delle banche;
- se la capogruppo non si trova nello stesso Stato membro di una banca del gruppo, la vigilanza consolidata spetta all'autorità che ha rilasciato l'autorizzazione alla banca più grande;
- se il ruolo di consolidating supervisor spetta alle autorità di un paese partecipante al Mvu, la vigilanza consolidata è esercitata dalla Bce per il gruppo vigilato significativo, alla Banca d'Italia per il gruppo vigilato non significativo.

Dal 2011, inoltre, p obbligatorio costituire un collegio di supervisori sui gruppi bancari in Europa, cui partecipano anche le autorità di vigilanza dei paesi dove è insediata una parte del gruppo. Il consolidating supervisor deve coordinate il funzionamento del collegio, mentre la Bce vi partecipa se al collegio fa parte una banca sottoposta alla sua vigilanza. Anche l'Abe svolge un ruolo importante nel funzionamento dei collegi di supervisione.
Se la capogruppo o le altre componenti del gruppo sono insediate in Paesi extra-UE, l'ordinamento italiano limita la vigilanza consolidata al gruppo bancario italiano. Gli accordi di Basilea hanno favorito lo scambio di informazioni e, in seguito a questo, la Commissione europea ha il potere di promuovere accordi con i paesi terzi.

La vigilanza supplementare sui conglomerati finanziari

I conglomerati finanziari hanno una componenti finanziaria prevalente, ma vi fanno parte almeno un'impresa assicurativa e una banca o un'impresa d'investimento.
Le due componenti del conglomerato (da un lato attivata assicurativa e dall'altro attività bancaria e d'investimento) devono essere significative.
In questo caso si applicherà il sistema di vigilanza supplementare.
Responsabile per il coordinamento e l'esercizio della vigilanza prudenziale supplementare è l'autorità che vigila sull'impresa nel settore finanziario più importante del conglomerato.
La Bce partecipa alla vigilanza supplementare se al conglomerato fanno parte banche sottoposte alla sua vigilanza ed ha il potere di coordinare quando la banca sottoposta alla sua vigilanza è l'impresa che opera nel settore finanziario più importante del conglomerato.
Le regole sulla vigilanza supplementare sono state introdotte in Italia con il d.lgs. 142/2005, che portato ad un accordo fra Banca d'Italia e Ivass per il coordinamento della vigilanza supplementare. Tale disciplina non sostituisce, ma semplicemente si affianca a quella della vigilanza sui gruppi bancari stabilita dal tub.
Sono state introdotte delle novità riguardanti la vigilanza supplementare sulle imprese finanziarie che fanno parte del conglomerato, soprattutto per rafforzarne l'adeguatezza patrimoniale e i sistemi di controllo dei rischi.

La più grande novità è quella di considerare la holding di partecipazione mista, cioè la holding al vertice del conglomerato che detiene partecipazioni sia in imprese bancarie sia in imprese assicurative.

Le regole e i controlli sulla trasparenza bancaria

Le prime disposizioni in materia di trasparenza bancaria sono state introdotte nel 1992, ma solo il tub ha introdotto specifiche norme in materia.
Oltre il tub, vengono applicate le regole del tuf, che impongono agli intermediari regole di trasparenza e di correttezza, e il codice del consumo, applicato ai contratti bancari e disciplina le clausole vessatorie e le pratiche commerciali scorrette.
Tali norme vengono previste soprattutto per tutelare la parte debole del rapporto negoziale, cioè il consumatore. Infatti, a tal proposito, le norme del codice del consumo dispongono la nullità delle clausole contrattuali che determinano a carico del consumatore un squilibrio di diritti e di obblighi.
Tali norme, inoltre, vogliono aumentare la consapevolezza del consumatore a capire effettivamente cioè che egli sottoscrive.
Nel tub, invece, la tutela del consumatore è funzionale a due obiettivi: l'aumento della concorrenza e dell'efficienza. Oltre a garantire una corretta pubblicità dei servizi bancari, per assicurare la libertà di scelta del consumatore, il tub stabilisce norme tese a riequilibrare la posizione contrattuale fra le parti.
Inoltre, rapporti basati sulla trasparenza e sulla correttezza permettono di ridurre i conflitti con la clientela.
Le norme sulle pratiche commerciali scorrette, la cui applicazione è affidata all'autorità garante della concorrenza e del mercato, sanzionano qualsiasi atto contrario alla diligenza professionale, nel momento in cui falsa il comportamento economico dei consumatori in relazioni ai prodotti. Sono scorrette, infatti, le pratiche che alterano la capacità del consumatore di compiere scelte consapevoli.
I destinatari di tutte queste norme sono le banche, gli operatori finanziari e altri soggetti individuati dal ministro dell'Economia e delle Finanze; mentre, i soggetti tutelati non sono solo i consumatori, ma tutti i clienti della banca.

Il tub prevede due gruppi di norme:
- quelle che vanno a tutelare gli aspetti informativi;
- quelle che tendono a riequilibrare il rapporto negoziale fra il cliente e la banca.

Gli obblighi di informazione

Del primo tipo, sono le norme relative alla pubblicità delle condizioni negoziali, ai requisiti di forma e contenuto del contratto, agli obblighi informativi cui sono soggetti le banche.
La pubblicità fa riferimento alle condizioni economiche applicate, ai vantaggi, ai costi e ai rischi dell'operazione.

La pubblicità viene attuata tramite fogli informativi, che danno un'informazione, massima e molto generale, sull'intermediario, sulle condizioni e sulle principali caratteristiche del servizio offerto. I clienti trovano questi fogli presso i locali della banca aperti al pubblico.
Ad accompagnare questo foglio, vi è uno strumento più efficace, cioè l'obbligo di consegna della copia del contratto al cliente. Tale copia contiene, con precisione, tutte le condizioni negoziali rapportate alle caratteristiche del cliente. Quindi, prima di firmare, il cliente valuta se tali condizioni sono vantaggiose per lui e gli permettono di confrontarle con quelle di un altro intermediario.
Per garantire una corretta e piena comprensione del contratto Vine rilasciato anche un documento sintesi delle principali condizioni contrattuali.
A questo si aggiunge l'indicatore sintetico di costo, previsto per alcune tipologie di contratti: i conti correnti, i mutui, le anticipazioni bancarie, gli altri finanziamenti e le aperture di credito in conto corrente.
Sempre nella logica della trasparenza, la Banca d'Italia ha il potere di tipizzare i prodotti bancari. L'art 117 tub, infatti, riconosce alla Banca d'Italia il potere di prescrivere che determinati contratti o titoli abbiano contenuto tipico (anche se questo non vieta alla banca di adottare contratti diversi).
Il potere di tipizzazione serve solo a consentire al pubblico di associare le forme negoziali a posizioni giuridiche certe. Questo potere è stato usata dalla Banca d'Italia per tipizzare il contro corrente semplice, cioè un contratto che consente ai consumatori di utilizzare, attraverso il pagamento di un canone annuo fisso, un rapporto di conto corrente che prevede un numero determinato di operazioni. Le parti sono libere di stabilire il canone annuo e il tasso di interesse; nessuna spesa può essere addebitata al cliente, ad eccezione del canone e degli altri oneri previsti dalla legge.
Per i contratti bancari, il tub prevede la forma scritta ad substantiam, salvo casi eccezionali, ed è previsto l'obbligo di consegna al cliente della copia del contratto sottoscritto. A questo si aggiungono regole sul contenuto minimo che il contratto deve presentare, cioè deve indicare i tassi, i prezzi e ogni altra condizione economica.
Dopo avere stipulato il contratto, il cliente ha diritto di ricevere comunicazione periodiche da parte della banca (come l'estratto conto in caso di conto corrente bancario); tutte le condizioni che vengono comunicate sono soggette ad un'approvazione tacita di 60 giorni dal ricevimento.
Altre regole, poi, sono previste in attuazione di disposizioni dell'Unione, come per i contratti fra un finanziatore intermediario e un consumatore a cui il finanziatore concede un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra forma. In questo caso è previsto l'obbligo di indicare il Taeg (Tasso annuo effettivo globale).
Sono le autorità di vigilanza che assicurano il rispetto delle norme relative alla trasparenza e, inc caso di violazioni, possono emanare sanzioni amministrative, misure inibitorie e rimedi di tipi civilistico.
La Banca d'Italia, per controllare il rispetto della correttezza e della trasparenza, può acquisire dati e informazioni ed eseguire ispezioni presso le banche. La violazione di norme in tema di pubblicità danno luogo a sanzioni amministrative.

Se la Banca d'Italia, durante i suoi controlli, individua delle irregolarità, può inibire alle banca la continuazione dell'attività e ordinare la restituzione delle somme indebitamente percepite.
Fra i rimedi civilistici troviamo la nullità per le clausole di rinvio agli usi e per quelle che prevedono condizioni più sfavorevoli di quelle pubblicizzate. In caso di inosservanza delle regole attinenti al contenuto minimo del contratto o in presenza di clausole nulle è prevista l'integrazione o la sostituzione automatica con le condizioni stabilite dal legislatore.
L'Arbitro bancario e finanziario è uno strumento stragiudiziale di risoluzione delle controversie di importo limitato cui le banche devono aderire obbligatoriamente.

Gli interventi sulle condizioni contrattuali

Il contratto fra banca e cliente non è oggetto di trattativa, infatti le banche applicano le condizioni e il cliente può solo accettarle o rifiutarle.
Le condizioni applicate dalle banche, di solito, sono frutto di un protocollo d'intesa fra l'Abi (Associazione bancaria italiana) e le associazioni dei consumatori.
Dato che le banche predispongono le condizioni unilateralmente, può succedere uno squilibrio fra diritti e obblighi fra le parti e perciò il tub interviene per riequilibrare il rapporto negoziale.
Il tub prevede la possibilità per l'intermediario di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali nei contratti a tempo indeterminato.
Per evitare che questo sia uno strumento a danno del cliente, è richiesta l'approvazione di quest'ultimo.
La modifica deve essere comunicata in forma scritta, con preavviso di 2 mesi, e il cliente può recedere prima che la modica diventi efficace. Tutte le clausole per le quali non siano state rispettate tali regole e che sono sfavorevoli per il cliente sono inefficaci.
Il tub, inoltre, prevede la modifica generalizzata a tutta la clientela dei tassi di interesse, in seguito a decisioni di politica monetaria. Questo vuol dire che se il costo del denaro aumenta per la banca in seguito alle decisioni della Banca centrale, è ovvio che la banca può variare i tassi, ma lo deve fare contestualmente sia sui tassi debitori sia sui tassi creditori.
Altra clausola è quella relativa alla capitalizzazione periodica degli interessi nei contratti di conto corrente bancario.
Il conto corrente è un contratto di durata, di solito a tempo indeterminato. Le condizioni contrattuali stabiliscono che i rapporti di dare e avere sono regolati periodicamente (chiusure periodiche), e in questi periodi la banca calcola gli interessi, le commissioni, le spese e provvede ad annotarlo sul conto stesso. Il regolamento periodico comporta la formazione di un saldo che produce interessi.
La Cassazione ha dichiarato l'illegittimità di tale clausole, perché vi ha individuato una forma di anatocismo, cioè di produzione di interessi su altri interessi scaduti, vietati dal codice civile.
Nel 2000, il legislatore ha modificato il tub, affermando la legittimità della capitalizzazione periodica degli interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, purché nelle operazioni di conto corrente sia assicurata alla clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori che creditori.

Il legislatore è intervenuto anche nel 2013, stabilendo che gli interessi periodicamente capitalizzati non possono produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale.

La Banca d'Italia ha limitato questo divieto. Le disposizioni amministrative, infatti, prevedono un divieto assoluto di capitolazione degli interessi solo se prevista con periodicità inferiore all'anno.

Gli interessi maturati diventano esigibili decorso un termine di 60 giorni dal ricevimento da parte del cliente dell'estratto conto. Decorso tale termine, il cliente può autorizzare l'addebito degli interessi sul conto; in questo caso, la somma addebitata è considerata sorte capitale. In questo modo è legittima la clausola contrattuale che consente alla banca, con il consenso del cliente, la capitalizzazione degli interessi con periodicità annuale.

Altra clausola è quella relativa al diritto di recesso: il cliente può sempre recedere da un contratto a tempo indeterminato, senza incorrere in spese e penalità.

In questo contesto troviamo anche le norme che tutelano il cliente in caso di contratti di mutuo: il cliente può estinguere anticipatamente il mutuo immobiliare e può esercitare la facoltà di surrogazione nei contratti di finanziamento e portabilità dei mutui.

Altre clausole sono quelle relative alla commissione di massimo scoperto e alle altre commissioni applicate dalla banca per la concessione di disponibilità creditizie nei contratti di apertura di credito.

L'apertura di credito è un contratto con il quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un certo periodo di tempo o a tempo indeterminato. L'accreditato può utilizzare il credito e, attraverso successivi trasferimenti, ripristinarne la disponibilità.

Il cliente paga gli interessi solo sulle somme utilizzare e una commissione per la messa a disposizione.

Sono stati effettuati interventi legislativi con lo scopo di rendere più facile la formulazione di clausole che stabiliscono commissioni nell'apertura di credito.

Poi, sono stati stabiliti limiti alle possibili formule negoziali in materia; oggi sono legittime solo due commissioni:

- commissione onnicomprensiva: commisurata alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento;
- commissione di istruttoria veloce: determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto e commisurata ai costi.

Le sanzioni

Il tub prevede un complesso apparato sanzionatorio, anche se le ipotesi di reato non sono molte.

Innanzitutto, chi viola le riserve di attività contenute nell'ordinamento bancario. L'attività bancaria, infatti, dato che persegue interessi generali, è soggetta a determinate regole per l'accesso all'attività e la sottoposizione a controlli pubblici. Chi viola tali regole incorre in ipotesi di reato.

Poi, altre fattispecie penali sanzionano gli amministratori e gli esponenti aziendali che agiscono in conflitto d'interessi con la banca oppure non rispettano gli obblighi di richiedere l'autorizzazione o di comunicare l'acquisto partecipazioni rilevanti al capitale di banche.

Infine, vi sono le fattispecie di reato del mendacio bancario e del falso interno che tutelano l'interesse al corretto esercizio dell'attività di concessione del credito. Tali fattispecie sanzionano sia chi, al fine di ottenere credito, fornisce false informazioni alla banca, sia amministratori, dirigenti e dipendenti di banca che, al fine di far ottenere credito, danno notizie false.
La maggior parte delle violazioni delle regole bancarie danno luogo a sanzioni amministrative di natura pecuniaria.
L'applicazione di tali sanzioni deve rispettare alcuni principi generali:

- la tipicità della condotta sanzionata;
- l'obbligo di adottare speciali procedure per l'irrogazione delle sanzioni a tutela del soggetto sanzionato.

Per quanto riguarda la tipicità della fattispecie, il tub individua le condotte che possono dar luogo a sanzioni amministrative. Allo stesso modo, anche la Bce individua due specifici casi in cui si possono applicare sanzioni amministrative: in caso di violazione di obblighi previsti da atti del diritto dell'Unione direttamente applicabili; in caso di violazione di regole o decisioni della Bce stessa.
Per quanto riguarda il riparto di competenza nell'irrogare le sanzioni fra Bce e Banca d'Italia, ci sono precise regole:

- la Bce è competente ad irrogare sanzioni amministrative in caso di violazioni delle disposizioni del diritto dell'Unione direttamente applicabili negli ordinamenti nazionali nei confronti della banche significative.

  Tale violazione da parte delle banche meno significative, invece, rientra nella competenza delle autorità nazionali.
- la violazione delle disposizioni stabilite dall'ordinamento nazionale, la competenza spetta all'autorità nazionale sia per le banche significative, che perle banche meno significative. Le autorità nazionali, inoltre, possono irrogare sanzioni amministrative nei confronti di banche soggette alla vigilanza diretta della Bce solo se quest'ultima abbia richiesto loro di avviare il procedimento.
- la Bce può irrogare sanzioni in caso di violazione dei propri regolamenti e delle proprie decisioni. Inoltre, se la Bce non può emanare sanzioni direttamente nell'ordinamento nazionale, può chiedere alle autorità nazionali competenti di avviare il procedimento sanzionatorio.
- se si tratta di fatti di competenza della Banca d'Italia, ma riscontrati dalla Bce, la discrezionalità rimane sempre in capo la Banca d'Italia, la quale deve verificare se la violazione sussiste e quindi può decidere se avviare o meno il procedimento sanzionatorio.
- la competenza rimane alla Banca d'Italia, sia per le banche significative che per le banche meno significative, nelle materie che non rientrano nei compiti di vigilanza della Bce, come in materia di correttezza e trasparenza.

Il regolamento sul Mvu prevede che i destinatari delle sanzioni possono essere solo persone giuridiche, invece l'ordinamento italiano prevede anche persone fisiche che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo e il personale della banca quando l'inosservanza è conseguenza dell'azione o dell'omissione posta in essere da tali soggetti e quando è rilevante il comportamento del soggetto sanzionato ai fini della violazione delle disposizioni di legge.

Sia nel diritto nazionale che nel diritto dell'Unione, il comportamento sanzionabile è rappresentato da una violazione, con dolo o colpa, delle disposizioni di leggi, regolamenti o emanate dalle autorità di vigilanza.
Le sanzioni amministrative possono essere applicate solo quando la violazione sia internazionale o in violazione dei principi di diligenza richiesti per l'esercizio di un'attività professionale (questo significa che le sanzioni non sono applicate in base ad un principio di responsabilità oggettiva). Le autorità, inoltre, non sono tenute a dimostrare che suscita colpa per l'applicazione delle sanzioni.
Le sanzioni amministrative applicabili dalla Bce sono solo pecuniarie; nel tub, invece, sono previste sanzioni pecuniarie, alternative e accessorie.
L'ammontare delle sanzioni pecuniarie dipende se il soggetto sia una società o una persona fisica.
Le sanzioni alternative consistono nell'ordinare di eliminare infrazioni, indicando le misure da adottare e il termine per l'adempimento, in caso di violazioni che presentano un minor grado di offensività o di pericolosità.
Le sanzioni accessorie, invece, si applicano in caso di maggiore gravità della violazione solo alle persone fisiche e consistono nell'interdizione, per un periodico non inferiore a 6 mesi e non superiore a 3 anni, dallo svolgimento delle funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso gli intermediari.
Il tub individua alcuni criteri che devono essere seguiti dalla Banca d'Italia per determinare l'ammontare della sanzione, cioè: la gravità, la durata della violazione, il grado di responsabilità, la capacità finanziaria del responsabile, le precedenti violazioni, il pregiudizio arrecato a terzi, il livello di cooperazione del responsabile, l'entità del vantaggio ottenuto, le potenziali conseguenza sistemiche della violazione.
La procedura di irrogazione delle sanzioni prevede determinate regole per tutelare il soggetto sanzionato, infatti si deve garantire che l'autorità abbia fatto una valutazione accurata e abbia consentito un corretto diritto alla difesa di tale soggetto.
Il regolamento della Bce ha istituito un'unità di indagine per l'istruttoria delle decisioni che possono dare luogo a sanzioni. Essa opera in modo indipendente dagli uffici che svolgono la vigilanza sulla banca e quest'ufficio notifica alla banca l'avvio del procedimento e ricorda il diritto di inviare obiezioni per iscritto.
Il procedimento di irrogazione delle sanzione, delineato dalle disposizioni della Banca d'Italia, inizia con la contestazione mediante notifica ai soggetti interessati. L'autorità comunica al destinatario la facoltà di presentare controdeduzione o partecipare ad un'audizione personale, facendosi assistere da un avvocato.
L'istruttoria è svolta da un'apposita unità che propone al Direttorio della Banca d'Italia l'irrogazione di sanzioni o l'archiviazione del procedimento, oltre che notificare la proposta agli interessati. Anche dopo la proposta, i soggetti interessati possono presentare ulteriori osservazioni.
Si instaura una nuova fase di contraddittorio, che assicura la separazione fra la fase istruttoria e la fase decisoria. Quest'ultima è affidata al Direttorio della Banca d'Italia che valuta le ulteriori osservazioni presentate.
I provvedimenti sanzionatori sono impugnabili in sede giudiziaria:

- le sanzioni amministrative della Bce possono essere impugnate davanti la Corte di giustizia europea, in particolare davanti al Tribunale in primo grado e davanti alla Corte di giustizia in appello;
- le sanzioni della Banca d'Italia possono essere impugnate davanti alla Corte d'appello di Roma.

Capitolo X

La gestione della crisi

I presupposti per l'applicazione della disciplina della crisi

Il tub del 1993 non contiene una definizione di crisi bancaria, tuttavia delega e quindi positivizza due procedure che possono essere applicate qualora scatti la crisi della banca, che sono:

- l'amministrazione straordinaria: attivata in caso di gravi irregolarità e gravi perdite nel patrimonio;
- la liquidazione coatta amministrativa: attivata in caso di irregolarità o di perdite di eccezionale gravità.

Entrambe le procedure prevedono la sottrazione della gestione dell'impresa agli ordinari organi societari e l'intervento delle autorità, ai fini di risanamento e di liquidazione.

Si applicano queste misure quando le banche si trovano o in una situazione di dissesto o di rischio di dissesto, ma neanche il legislatore europeo ci aiuta a capire quando si possa qualificare una tale situazione.

Non si applica la legge sul fallimento, infatti "dissesto" è una nozione più ampia di fallimento.

Le procedura fallimentare richiedono l'insolvenza da parte della società, cioè quando l'impresa non è in grado di far fronte alle proprie obbligazioni.

Il dissesto è una nozione più ampia, innanzitutto perché non si richiede l'insolvenza e presenta caratteri pubblicistici.

Il dissesto, infatti, si può avere al ricorrere di alcune circostanze:

- se la banca ha subito o può subire delle perdite del patrimonio o di un importo significativo dell'intero patrimonio;
- se vi é la convinzione che nel futuro vi possano essere delle attività inferiori alle passività;
- se la banca non è in grado di pagare le passività in scadenza o i propri debiti.

Si tratta quindi di situazioni che precedono lo stato di insolvenza vero e proprio.

Tuttavia questo pone un problema: il dissesto si potrebbe confondere con una situazione di difficoltà della banca, poiché se la banca è in difficoltà non vuol dire che sia per forza in una situazione di dissesto.

La difficoltà risiede allorquando sussistono alcuni indizi: carenza di liquidità e perdite rilevanti che incidono sul patrimonio:

- la carenza di liquidità si verifica quando la banca ha difficoltà nel raccogliere fondi nei mercati finanziari o quando non può accedere ai propri attivi a prezzi di mercato.
- le perdite rilevanti sul patrimonio si hanno quando la banca non riesce a far fronte alle perdite con gli utili che sono stati accumulati negli esercizi precedenti, con delle riserve o con opere di ricapitalizzazione.

Quando vi sono questi due requisiti, non operano le procedure concorsuali, ma altri meccanismi, come il credito di ultima istanza.

Il **credito di ultima istanza** è un intervento pubblico (non a fondo perduto in quanto deve essere remunerato), cioè un prestito che la Banca d'Italia effettua all'impresa bancaria in difficoltà (è un vero e proprio finanziamento).

E intanto è possibile fare un prestito perché ci troviamo di fronte una carenza di liquidità e si comprende che superata questa situazione la banca sarà in grado di restituire alla Banca d'Italia quanto ricevuto. Una banca in dissesto, invece, non può superare questa situazione e quindi restituire (problemi di liquidità e non di solvibilità).

E, per di più, questo è un finanziamento che richiede non solo la restituzione della somma prestata, ma anche di interessi (interessi elevati per disincentivare il ricorso al credito di ultima istanza).

Se il credito di ultima istanza non fosse qualificato come prestito, si avrebbe un'ipotesi di aiuto di stato, che è vietato dalla legislazione europea.

Considerato che il credito di ultima istanza è un'attività di sostegno finanziario a banche in carenza di liquidità e che il confine fra una banca illiquida e una insolvente è labile, la Bce ha ribadito che il costo e il rischio di tale strumento rimangono in capo alle Bcn. Alla Bce spetta solo il potere di limitare queste iniziative per ragioni di politica monetaria.

L'intervento legislativo del 2008 ha introdotto anche un nuovo strumento nell'ordinamento italiano: il ministro dell'Economia e delle Finanze può rilasciare una garanzia statale sui finanziamenti erogati dalla Banca d'Italia alle banche italiane per fronteggiare gravi crisi di liquidità. La decisione sull'erogazione del finanziamento rientra nella discrezionalità della Banca centrale, nonostante la garanzia dello Stato.

Salvataggi e aiuti pubblici

Oltre il credito di ultima istanza, avevamo il finanziamento straordinario da parte della Banca d'Italia ad un tasso di favore alla banca che acquistava le attività e passività di un intermediario in crisi (introdotto con il decreto Sindona). Attualmente non è più utilizzabile perché contrasta con gli impegni assunti nell'ambito del Sistema europeo delle Banche centrali: il Trattato UE vieta la concessione di facilitazioni creditizie da parte di banche centrali al settore pubblico.

Il terzo tipo di intervento è l'ingresso dello Stato nel capitale dell'impresa bancaria (es. acquisizioni delle banche commerciali da parte dell'Iri).

La crisi finanziaria ha indotto molti Paesi ha salvataggi di intermediari di grandi dimensioni, considerando il fatto che il loro fallimento avrebbe potuto comportare un'instabilità generale a tutto il sistema.

La Commissione, però, ha precisato che per approvare un piano di sostegno pubblico a banche è necessario che queste misure si inseriscano in un piano di ristrutturazione o di liquidazione ordinata. Inoltre, in caso di perdite del capitale prima di procedere alla ricapitalizzazione, è necessario che queste siano sopportare prima dagli azionisti e dai titolari di crediti subordinati.

In Italia, per favorire la ricapitalizzazione delle banche, è stata prevista la possibilità per il Governo di sottoscrivere strumenti finanziari innovativi emessi dalle banche, chiamati Tremonti bonds, i quali sono stati dichiarati compatibili con le regole dell'Unione.

Gli interventi pubblici sono previsti anche dalle recenti norme in materia di risanamento e di risoluzione delle banche. Questi strumenti sono definiti strumenti di stabilizzazione finanziaria e sono attivabili dagli Stati nell'ambito di una procedura di risoluzione della banca; sono: la partecipazione alla ricapitalizzazione di una banca e l'acquisizione temporanea della proprietà.

Tali interventi pubblici sono subordinati alla sussistenza di alcuni principi affermati dalla direttiva:

- il ricorso all'intervento pubblico deve essere ridotto al minimo;
- gli strumenti di risoluzione devono essere applicati prima di un'eventuale iniezione di capitale pubblico;
- nella valutazione delle possibilità di risoluzione, le autorità competenti devono considerare se essa sia possibile senza un intervento pubblico;
- a questi interventi si applicano le nome in materia di aiuti di Stato.

La legislazione europea vuole tutelare l'interesse dei contribuenti e questa tutela è rappresentata dagli strumenti pubblici di stabilizzazione, che possono essere adottati dagli Stati solo se gli azionisti e i detentori di altri titoli di proprietà, i detentori degli strumenti di capitale pertinenti e altre passività ammissibili della banca soggetta a risoluzione abbiano fornito un contributo per l'assorbimento delle perdite e la ricapitalizzazione per un importo non inferiore all'8 % delle passività totali, inclusi i fondi propri.

Tutti questi interventi pubblici sono previsti dagli ordinamenti dei singoli Stati, infatti si parla di interventi nazionali.

A livello di Unione europea, però, è stato introdotto il Meccanismo europeo di stabilità (fondo salva stati), un'istituzione intergovernativa che mira a fornire il sostegno alla stabilità attraverso strumenti di assistenza finanziaria a favore degli Stati membri che sono colpiti o minacciati da gravi problemi finanziari.

Il Mes può effettuare operazioni dirette di ricapitalizzazione nei confronti delle banche dei Paesi membri, senza passare per un prestito allo Stato.

Obiettivi e strumenti di gestione della crisi

In caso di crisi bancaria si vogliono evitare crisi sistemiche, quindi le esternalità negativi, le situazioni di panico o di instabilità (es. la corsa agli sportelli).

La direttiva del 2014 introduce gli strumenti di risoluzione e i piani di risanamento.

Gli strumenti di risoluzione mirano a garantire la continuità delle funzioni essenziali della banca, evitare gli effetti negativi che possono influire sulla stabilità finanziaria e contenere gli oneri che sono a carico delle finanze pubbliche.

Quindi, l'obiettivo di questi strumenti di risoluzione è quello di ridurre al minimo il sostegno finanziario pubblico, cioè il sostegno da parte dello Stato.

Nel bail-in (salvataggio interno), infatti, le perdite della banca sono sostenute dagli azionisti e dai creditori, quindi il costo della crisi della banca viene fatto ricadere in capo a soggetti privati perché, in questo caso, si prevede la possibilità di ridurre o convertire in capitale i diritti degli azionisti e dei creditori.

Nel passato, come abbiamo detto, la crisi bancaria era affrontata soprattutto attraverso interventi pubblici e prima di procedere alla liquidazione coatta amministrativa venivano acquisite le attività e le passività della banca da altri intermediari bancari.

Questa cessione avveniva con il supporto di interventi finanziari del fondo interbancario di tutela dei depositanti e comportava una diversa posizione degli azionisti e dei creditori perché gli unici soggetti che sopportavano il dissesto della banca erano gli azionisti, poiché solo quest'ultimi erano considerati gli investitori, cioè coloro che erano titolari del potere di gestire la banca attraverso la nomina degli amministratori e quindi si riconosceva loro una responsabilità indiretta dell'istituto; per questo motivo, essi dovevano sopportare le perdite.

I creditori, invece, continuavano a vantare i propri diritti nei confronti dell'azienda ceduta, quindi non subivano le perdite.

Oggi, entrambi sopportano il rischio d'impresa, anche se devono sopportare le perdite prima gli azionisti e poi i creditori (gerarchia).

Il legislatore europeo, però, ha voluto evitare che tutti i contribuenti debbano sopportare le politiche eccessivamente rischiose sostenute dalla banca rispetto ai creditori della stessa.

Quindi, i creditori oggi sono tutelati esclusivamente dalle regole dei mercati mobiliari, cioè le regole presenti nel testo unico in materia di intermediazione finanziaria: è questo testo a tutelare i piccoli investitori.

Tutti questi strumenti incidono sui diritti dei creditori e degli azionisti, anche se le norme europee prevedono alcuni principi che devono essere tutelati.

Infatti gli azionisti e i creditori non possono subire un trattamento peggiore rispetto al se la banca fosse stata posta in liquidazione coatta amministrativa. Infatti, se i creditori e gli azionisti subiscono una perdita maggiore deve essere riconosciuto un indennizzo.

Inoltre, la direttiva vuole tutelare i piccoli risparmiatori, cioè i depositanti che hanno un deposito non superiore a 10000€; tali depositi sono sempre esclusi dal bail-in.

Le autorità preposte alla gestione della crisi

Questi strumenti di risoluzione hanno determinato la nascita di un meccanismo unico di risoluzione voluto dall'Unione bancaria. Difatti, di par passo al meccanismo di Vigilanza unico, è stato previsto un meccanismo unico di risoluzione sempre in un'ottica di armonizzazione in materia bancaria.

Viene affidato ad una nuova agenzia europea, il Comitato per la risoluzione, la gestione delle crisi delle banche, banche significative.

Infatti, la gestione della crisi viene perseguita dalla bce direttamente solo quando ha ad oggetto le banche significative. Di conseguenza, abbiamo due autorità: il Comitato per la risoluzione per le banche significative e poi le singole autorità di risoluzione nazionale che, invece, gestiscono le crisi delle banche non significative.

Non tutte le decisioni di gestione della crisi di una banca significativa, però, rientrano nella competenza del Comitato. Infatti, la scelta di attivare misure di risanamento o altre forme di intervento precoce spettano all'autorità di vigilanza competente che, per le banche significate, è la Bce. Quindi, si prevedono misure di raccordo fra quest'ultima e il Comitato.

Il Comitato è composto da un presidente e da quattro membri esecutivi, nominati con una procedura selettiva in cui sono coinvolti Commissione e Parlamento europeo, e da un membro nominato da ciascuno Stato partecipante, in rappresentanza delle autorità di risoluzione nazionale.

Questo comitato di risoluzione si compone di due sessioni: esecutiva (si adottano le decisioni di carattere generale) e primaria (si adottano le decisioni di gestione della risoluzione).

Il problema é che nelle decisioni che sono adottate da questo Comitato sono coinvolti anche organi politici. Difatti il progetto di risoluzione che viene proposto dal Comitato in fase decisionale può essere considerato valido:

- se non vi é opposizione da parte della Commissione europea
- e solo se non ci sono obiezioni da parte del Consiglio europeo.

Banca d'Italia e ministro dell'Economia e delle Finanze

In passato, la Banca d'Italia ha svolto un ruolo centrale nella gestione della crisi. La sua ampia discrezionalità dipendeva da due presupposti: il fatto che era difficile individuare in modo preciso la situazione che poteva creare la crisi di una banca e il fatto che solo questa autorità possedeva informazioni precise e aggiornate sulla situazione della banca (quale supervisore).

Il legislatore europeo ha voluto distinguere le funzioni di vigilanza da quelle di risoluzione e di liquidazione delle banche.

Anche se il Mru prevede come organo centrale di risoluzione il Comitato, vengono lasciati ampi poteri alla Banca d'Italia, quale autorità di vigilanza, di risoluzione e di liquidazione. A tal fine è stat istituita un'Unità di risoluzione e gestione della crisi.

Secondo la direttiva europea, quando uno Stato membro nomina l'autorità responsabile della vigilanza prudenziale delle banche quale autorità di risoluzione, bisogna garantire determinati accorgimenti che separino le funzioni di vigilanza e quelle di risoluzione.

La Banca d'Italia cui è affidata la risoluzione delle banche svolge un ruolo importante nelle banche meno significative, ma ha anche alcuni compiti per le banche significative. In particolare, essa:

- deve attuare il programma di risoluzione del Comitato di risoluzione unico (si può notare l'integrazione fra autorità nazionali e autorità europee).

- ad essa è affidato il ruolo di promozione e supervisione della procedura di liquidazione ordinaria delle banche.
- deve adottare tutti i provvedimenti in materia di early intervention e di risanamento per le banche in crisi.

Il ministro dell'Economia e delle Finanze approva il provvedimento della Banca d'Italia che dispone l'avvio della risoluzione di una banca. Esso inoltre è titolare del potere di emanare il decreto di liquidazione coatta amministrativa, invece non emana più il decreto di messa in amministrazione straordinaria, che spetta alla sola autorità di vigilanza competente.

GLI STRUMENTI DI PREVENZIONE DELLA CRISI

I piani di risanamento e di risoluzione

Altra novità introdotta dalla direttiva europea sono i **piani di risanamento**, che sono redatti non quando la banca si trova in una situazione di difficoltà, ma devono essere redatti prima, cioè quando le banche godono ancora di un ottimo stato di salute.

I piani devono considerare la specifica attività svolta dalla banca, la sua organizzazione, il livello e i tipi di rischio fronteggiati.

Sono dei piani che vengono redatti dai singoli istituti di credito e approvati dalle autorità di vigilanza.

Questi piani devono essere aggiornati periodicamente perché devono essere rapportati alla situazione patrimoniale del momento; devono essere dettagliati e basati su ipotesi realistiche.

Questi piani devono indicare delle misure che saranno eventualmente applicate qualora ci sia una situazione di difficoltà per ripristinare la situazione finanziaria della banca.

Si pone come uno strumento cautelativo.

A differenza dei **piani di risoluzione**, che sono approvati dalle autorità di risoluzione competenti, sulla base delle informazioni fornite dalle banche e con la collaborazione delle autorità di vigilanza competenti.

Nell'ambito della preparazione dei piani di risoluzione, le autorità valutano se una banca è risolvibile, cioè le autorità devono verificare in anticipo rispetto all'insorgenza di una crisi se la struttura organizzativa e operativa di una banca presenta impedimenti all'attuazione di un progetto di risoluzione o alla realizzazione degli obiettivi della liquidazione coatta, al fine di evitare effetti sistemici. In caso risultino questi impedimenti, viene attivato un procedimento per la rimozione degli impedimenti.

Le misure di intervento precoce e la sostituzione di uno o più amministratori

Le autorità bancarie intervengono in anticipo rispetto ad una situazione di crisi, quindi ad una situazione di dissesto vera e propria, quando vengono in rilievo alcune anomalie gestionali, come:

- il mancato rispetto delle regole prudenziali;

- scelte gestionali non coerenti con la situazione economico-patrimoniale della banca;
- mancata redditività della gestione imprenditoriale.

In questi casi, vi è una gradazione fra i diversi interventi che possono essere attuati:

- misure di prevenzione, come gli avvertimenti;
- misure correttive, come le richieste di cambiamenti nell'organizzazione interna;
- misure straordinarie, come la rimozione di un amministratore.

Le misure di intervento precoce possono essere adottate dalle autorità di vigilanza nella fase precedente alla risoluzione. Sono richieste agli organi aziendali di attivarsi per fronteggiare la situazione oppure si adottano specifici cambiamenti nella strategia o nella struttura aziendale.

Tali poteri sono ancora più incisivi quando le autorità competenti rimuovono l'alta dirigenza e l'organo di amministrazione con la nomina di un amministratore temporaneo.

Infatti, la Banca d'Italia può rimuovere uno o più esponenti aziendali, qualora la loro permanenza in carica rechi pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca; la stessa autorità, poi, può rimuovere collettivamente gli organi gestionali.

L'extrema ratio è rappresentata dalla rimozione dell'alta dirigenze e la nomina di un amministratore straordinario.

L'alta dirigenza comprende tutte le persone fisiche che esercitano funzioni esecutive e che sono responsabili della gestione della banca, rispondono dinanzi all'organo di gestione (nel nostro ordinamento, il direttore generale).

La possibilità di rimuovere tali soggetti è prevista in un'ottica di pre-crisi e il nuovo impianto normativo permette di delineare il momento in cui si passa dalla pre-crisi, affidata alla Bce (o alla Banca d'Italia per le banche meno significative), alla fase di risoluzione, affidata al Comitato di risoluzione unico (o alle autorità nazionali di risoluzione).

L'amministrazione straordinaria

L'amministrazione straordinaria comprende quegli strumenti a disposizione dell'autorità di vigilanza per fronteggiare delle situazioni di difficoltà di una banca che appaiono reversibili.

In caso di gravi perdite nella gestione, di gravi irregolarità oppure su istanza degli organi sociali, è consentito sottrarre la gestione della banca agli organi, cioè di sospendere le funzioni delle assemblee e di sciogliere gli organi di amministrazione, affinché queste funzioni vengano svolte da soggetti individuati dalla Banca d'Italia.

Per adeguare il nostro ordinamento a quello europeo è stato cancellato il decreto del ministro dell'Economia che approvava la proposta della Banca d'Italia: oggi, la decisione di disporre l'amministrazione straordinaria spetta esclusivamente all'autorità di vigilanza.

Vengono nominati commissari straordinari e un comitato di sorveglianza.

I commissari straordinari svolgono le funzioni dell'organo amministrativo, mentre il comitato di sorveglianza è equiparabile all'organo di controllo interno.

Si può prevedere che soltanto alcuni poteri possono essere affidati a questi commissari e, quindi, non l'intera gestione della banca.

Un potere importante in capo ai commissari è quello di poter promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli organi amministrativi e di controllo, nonché nei confronti del collegio sindacale e del direttore generale.

In casi eccezionali, i commissari possono sospendere il pagamento della passività di qualsiasi generare da parte della banca o prevedere la restituzione degli strumenti finanziari ai clienti.

L'obiettivo è quello di eliminare le irregolarità che sono state compiute e promuovere tutte quelle iniziative che possono ripristinare il principio di sana e prudente gestione, altrimenti si dovrà procedere ad estinguere l'istituto di credito.

L'amministrazione straordinaria dura un anno ed è prorogabile al massimo per un altro anno. Scaduto questo termine, la banca può tornare alla gestione ordinaria, se ci sono i presupposti: i commissari conoscano l'assemblea per ricostituire gli organi di amministrazione e di controllo ordinari.

GLI STRUMENTI DI GESTIONE DELLA CRISI

La scelta degli strumenti più appropriati per gestire la crisi di una banca deve seguire un ordine cronologico.

Prima vi è la dichiarazione dell'autorità di vigilanza dello stato di dissesto o di rischio di dissesto della banca.

A questo punto, la prima strada che deve essere percorsa dalle autorità di risoluzione è quella di valutare se la riduzione o la conversione di azioni e di altri strumenti di capitale della banca possa rimediare lo stato di dissesto.

Tale riduzione o conversione è simile al bail-in, ma si differenzia per due aspetti: riguarda solo azionisti e altri portatori di strumenti di capitale, con esclusione dei creditori; deve essere attuata solo se essa consente di risolvere il dissesto della banca.

Questo strumento, infatti, viene chiamato "write down risolutivo" e serve a ricapitalizzare la banca in misura sufficiente per ripristinare le condizioni per l'autorizzazione.

Il write down permette di incidere sui diritti degli azionisti e dei creditori subordinati in una fase precedente alla vera e propria risoluzione; per questo, può essere attuato solo dopo la valutazione di un esperto indipendente.

Se non è possibile attuare il write down, le autorità di risoluzione devono verificare la sussistenza di alcuni presupposti, oltre che la dichiarazione di dissesto o di rischio di dissesto. Tali presupposti sono principalmente due:

- non ci sono soluzioni alternative per impedire il fallimento in tempi ragionevoli attraverso intervento di soggetti privati o delle autorità di vigilanza, compreso il write down risolutivo;
- la risoluzione è necessaria nell'interesse pubblico.

Verificati tali presupposti, le autorità possono scegliere la strada più adeguata per la gestione della crisi fra la risoluzione o le procedure ordinarie di insolvenza (come la liquidazione coatta nel nostro ordinamento).

Gli strumenti di risoluzione vengono applicati solo in via residuale, quando sono insufficienti gli strumenti ordinari previsti dai singoli ordinamenti nazionali. Per attivare le procedure di risoluzione, le autorità di vigilanza devono valutare quali siano gli strumenti più efficaci soprattutto per evitare crisi sistemiche.

Le procedure di risoluzione

La valutazione dei presupposti per attivare le procedure di risoluzione spetta all'autorità di vigilanza competere: le autorità nazionali per le banche meno significative e la Bce per le banche significative.

In realtà, la valutazione della situazione di dissesto o di rischio di dissesto spetta alla Bce, senza distinzione fra la banche significative e le banche meno significative; poi, la Bce deve consultare il Comitato (per la banca significative) o la Banca d'Italia (per la banca meno significativa).

Dopo la dichiarazione della Bce è necessaria una valutazione equa, prudente e realistica delle attività e passività della banca da parte di un esperto indipendente.

Il procedimento decisionale nell'ambito del Mru prevede l'intervento di più autorità e questo lo rende lungo e difficilmente compatibile con le esigenze tradizionali di gestione della crisi delle banche.

Il Comitato, se ritiene che ci sia un rischio sistemico e non ci sono soluzioni alternative, adotta un programma di risoluzione, il quale dovrà essere rigettato o approvato da parte della Commissione europea e da parte del Consiglio europeo.

Questi organi possono anche obiettare e il Comitato dovrà proporre delle modifiche al programma.

Nell'ordinamento italiano, l'avvio della risoluzione di una banca meno significativa spetta alla Banca d'Italia, previa approvazione del ministro dell'Economia e delle Finanze.

Per l'attuazione del programma, la Banca d'Italia può nominare dei commissari speciali, ma può farlo anche prevedendo provvedimenti diretti agli organi sociali; in questo caso, gli organi sociali non si sostituiscono.

Invece, quando vengono nominati i commissari speciali o vengono previsti atti di autorità in sostituzione agli organi sociali, sono sospesi anche i diritti di voto in assemblea di azionisti e altri partecipanti al capitale. I commissari speciali acquistano i poteri degli azionisti e degli organi di amministrazione e, a fianco a loro, è nominato un comitato di sorveglianza, che esercita il controllo interno.

Nel caso in cui la banca si trova in una situazione di insolvenza, il tribunale competente dichiara lo stato di insolvenza e si prevede la liquidazione coatta amministrativa.

Gli strumenti per la risoluzione

Gli strumenti d risoluzione sono 4:

- vendita dell'attività di impresa;
- creazione di un ente ponte;
- separazione delle attività;
- bail-in.

Con la vendita dell'attività di impresa, l'autorità di risoluzione procede alla vendita della banca nella sua totalità o di una parte dell'attività a condizioni di mercato, senza il consenso degli azionisti e senza che debbano essere soddisfatti altri requisiti procedurali altrimenti applicabili.

Quindi, la particolarità è data dal fatto che vi é un'ingerenza da parte del Comitato per la risoluzione sulla sorte di una banca.

La creazione di un ente ponte è un'istituzione che permette all'autorità per la risoluzione di trasferire tutta o parte dell'attività di una banca a un'entità posseduta o controllata da una o più autorità pubbliche oppure da fondo di risoluzione.

Non ci si rivolge al mercato, ma vengono trasferire le attività a un ente.

L'operatività di questo ente ponte é temporanea, infatti il suo scopo è quello di gestire i beni e i rapporti giuridici con l'obiettivo di mantenere la continuità delle funzioni essenziali svolte dalla banca e poi di vendere le attività al mercato qualora le condizioni di mercato lo rendono possibile.

Se non vi é la possibilità di trasferire le attività ad un soggetto privato, l'ente ponte viene posto in liquidazione coatta amministrativa.

La separazione delle attività è uno strumento che non può mai operare da solo, ma deve essere necessariamente utilizzato congiuntamente ad un altro strumento di risoluzione.

Questo strumento comporta il trasferimento delle attività deteriorate o in sofferenza, quindi i crediti che non riescono ad essere soddisfatti, ad un veicolo di gestione che dovrà gestire questi crediti e queste attività, cercando di massimizzarne il valore, quindi di recuperarli.

Per ridurre eventuali azzardi morali degli esponenti del veicolo di gestione, secondo la direttiva europea questo strumento deve essere accompagnato da un altro strumento di risoluzione.

Il bail-in prevede la riduzione del valore nominale del credito ovvero la conversione forzosa in azioni.

Il bail-in mira alla ricapitalizzazione della banca (uno o più commissari speciali redigono un piano di riorganizzazione aziendale), cercando di garantire il rispetto dei requisiti prudenziali e di ristabilire la fiducia del mercato, ma non permette di generare liquidità perché si incide sui requisiti prudenziali.

L'obiettivo di rafforzare la solidità patrimoniale dell'ente è dimostrato anche da disposizioni che impongono alla banca un requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili, che possono essere soggette a svalutazione o a conversione, senza alcun rischio legale in caso di applicazione delle disposizioni sul bail-in.

Per la determinazione dell'importo del bail-in, la valutazione ex ante delle attività e delle passività della banca soggetta a risoluzione è rimessa ad un esperto indipendente dall'autorità di risoluzione. Si tratta di una valutazione complessa, infatti la direttiva prevede la possibilità di correzione ex post.

La conversione deve essere effettuata per una quota tale da consentire di diluire fortemente la partecipazione degli azionisti e da compensare adeguatamente i creditori interessati. I creditori, quindi, devono avere un ristoro almeno pari a quello che avrebbero ricevuto in una procedura concorsuale.

Chi rispondono sono gli azionisti e i creditori, ma sono escluse alcune categorie di crediti, come i depositi entro il limite di 100000€, le obbligazioni garantite, i crediti che vantano i dipendenti per i propri stipendi e i crediti che vanta l'amministrazione finanziaria, quindi lo Stato.

Il bail-in, che é lo strumento più incisivo rispetto agli altri in quanto si incide direttamente sulla sfera patrimoniale degli azionisti e de creditori, è stato criticato perché si è vista la possibilità di ridurre i diritti dei creditori e degli azionisti al di fuori di una procedura di insolvenza e, quindi, al di fuori dall'applicazione della disciplina fallimentare.

Viene criticato perché si determina una conversione forzata in azioni o una riduzione del valore nominale dei crediti dovuta da una scelta di un soggetto terzo e da una scelta degli azionisti e dei creditori che decidono di ridurre o convertire. In particolare, si sono sollevati dubbi di legittimità costituzionale, perché si va ad incidere su due principi costituzionali, cioè la tutela del risparmio e il diritto di proprietà.

Infatti, vi é un soggetto, l'autorità di risoluzione, che incide sulla sfera patrimoniale degli azionisti e dei creditori senza un consenso di quest'ultimi.

Questo strumento comunque opera nel nostro ordinamento e fa si che gli azionisti e i creditori diventano dei veri e propri investitori, che sono tutelati non più dal sistema bancario, ma dalle norme che regolano il mercato mobiliare.

L'acquisto di obbligazioni bancarie diventa un acquisto rischioso, quindi, da un lato, scoraggia le attività di investimento con la banca e potrebbe creare una maggiore preoccupazione perché vi potrebbe essere da un momento all'altro l'autorità di risoluzione che impone determinate scelte; dall'altro, conferma la possibilità di applicare discipline che non riguardano il settore bancario.

Queste novità potrebbero comportare cambiamenti rilevanti nel mercato delle obbligazioni e delle altre passività non protette delle banche, producendo un innalzamento dei costi della raccolta. Inoltre, gran parte dei portatori di obbligazioni bancarie sono piccoli risparmiatori, quindi, per evitare che essi possano non essere sufficientemente avvertiti dei rischi del loro investimento, devono essere rafforzate le norme di trasparenza e gli obblighi di comunicazione.

La liquidazione coatta amministrativa

La liquidazione coatta amministrativa è prevista in caso di situazione di crisi irreversibile della banca.

Può essere attivata quando la banca è in dissesto o in rischio di dissesto e quando l'autorità di risoluzione ha escluso la possibilità di applicare degli strumenti di risoluzione e ritiene che la liquidazione coatta sia lo strumento più efficace per gestire la crisi della banca.

La procedura inizia con decreto del ministro dell'Economia, su proposta della Banca d'Italia, che dispone la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e la liquidazione coatta dell'ente.

Anche in questo caso, la Banca d'Italia nominerà dei commissari liquidatori e un comitato di sorveglianza.

Da questo momento, cessano le funzioni degli organi amministrativi e di controllo della società e sono sospesi il pagamento delle passività di qualsiasi genere e le restituzioni di beni di terzi.

Inoltre non può essere promossa o proseguita alcuna azione, mentre le azioni civili derivanti dalla liquidazione spettano al tribunale del luogo dove ha sede legale la banca.

I commissari hanno la rappresentanza legale della banca e procedono all'operazione di liquidazione, cioè all accertamento dell'attivo e del passivo della banca, cercando di liquidare i crediti quanti più possibile. Il comitato, invece, assiste i commissari e ne controlla l'operato.

Alla fine della liquidazione, i commissari procedono all'accertamento del passivo, alla formazione dello stato passivo e agli atti che lo rendono esecutivo.

Successivamente, i commissari procedono alla liquidazione dell'attivo, attraverso la vendita dei singoli beni oppure attraverso la cessione in blocco delle attività e delle passività, di rami d'azienda nonché di rapporti giuridici.

I commissari redigono il bilancio finale di liquidazione, il rendiconto finanziario e il piano di riparto, accompagnati da una loro relazione dalla relazione del comitato.

Terminata tale attività, vi sarà l'uscita dal mercato dell'intermediario bancario e di conseguenza la cancellazione dall'albo degli intermediari bancari e dal registro delle imprese.

IL FONDO DI RISOLUZIONE E I SISTEMI DI GARANZIA DEI DEPOSITI

Il fondo di risoluzione unico

Il Fondo di risoluzione unico è finanziato dai contributi delle banche e la sua costituzione sarà completata in otto anni dall'entrata in vigore del regolamento.

La funzione primaria del Fondo di risoluzione è, infatti, di finanziare l'applicazione delle misure di risoluzione, ad esempio attraverso la concessione di prestiti o il rilascio di garanzie.

Il Fondo sarà finanziato dagli intermediari assoggettati al Meccanismo di risoluzione unico, con contributi versati annualmente fino al raggiungimento del "target level", fissato in misura pari all'1% dei deposi protetti di tutte le banche dell'area euro.

I contributi dovuti dalle banche sono calcolati in percentuale delle proprie passività e si deve tener conto dei rischi assunti da ciascun intermediario, per evitare il moral hazard.

Tali risorse non andranno a costituire subito una massa indistinta, infatti, nel periodo di transizione, il Fondo comprenderà risorse che saranno mutualizzate progressivamente partendo dal 40% per arrivare al 60-70%.

Il Fondo potrà raccogliere risorse sul mercato in seguito alla decisione del Comitato per la risoluzione in sede plenaria; i Paesi aderenti, consapevoli della possibile insufficienza del fondo per affrontare la crisi di intermediari di rilevante dimensione, si sono impegnati a permettere al Fondo di ricorrere al mercato, cioè di stipulare prestiti per aumentare la sua capacità.

Il Fondo interviene dopo il piano di risoluzione da parte del Comitato, che sarà soggetto all'approvazione o al rigetto da parte della Commissione europea e del Consiglio europeo.

Nelle more del decollo del Fondo unico, vengono istituiti Fondi di risoluzione nazionali, con analoghi meccanismi di contribuzione e "target level".

I sistemi di garanzia dei depositi

I sistemi di garanzia dei depositi consentono di evitare o limitare le conseguenze sistemiche di una crisi di una banca. La garanzia di rimborso dei depositanti, infatti, contribuisce a conservare la fiducia, evitando che una situazione di difficoltà si possa tradurre in insolvenza a causa della corsa al ritiro del denaro.

Infatti, nell'intento di porre rimedio a talune carenze strutturali e creare un quadro normativo uniforme nell'ambito del sistema bancario europeo, si è deciso di porre a compimento la cosiddetta Unione Bancaria Europea (European Banking Union) che si fonda su tre pilastri: il Meccanismo di Vigilanza Unico; il Meccanismo di Risoluzione Unico e il Sistema Unico di Garanzia dei Depositi.

Il Sistema Unico di Garanzia dei Depositi non si è ancora concretizzato a livello europeo, ma è stato solamente progettato tramite una "proposta europea di legge". Sono comunque attualmente operativi a livello nazionale diversi Sistemi di Garanzia dei Depositi.

Innanzitutto, è necessaria la partecipazione più ampia possibile al sistema di garanzia da parte degli operatori, infatti, nei Paesi dove la legislazione è più avanzata, le banche sono obbligate a finanziare i sistemi di garanzia, con una cadenza almeno annuale.

Poi, un fattore importante è la copertura offerta ai risparmiatori, che deve evitare il diffondersi di panico. L'ammontare viene determinato sulla base di una valutazione delle giacenze medie dei depositi bancari e sulle consuetudini nell'uso del deposito bancario in ciascun ordinamento.

Attualmente, ciascun depositante beneficerà, nel caso del dissesto della banca, di una copertura massima di 100 mila euro.

Si è raggiunto un accordo su una regola di armonizzazione massima, quindi i Paesi non possono scegliere né soglie inferiori, né soglie superiori a tale ammontare.

Altro aspetto rilevante è la velocità dell'intervento, che rappresenta una garanzia importante per i piccoli risparmiatori al fine di garantire loro la possibilità di rientrare nella disponibilità del denaro.

Nel 2010 è stato proposto un sistema di garanzia dei depositi dei Paesi dell'UE, che avrebbe dovuto sostituire ai sistemi nazionali esistenti un unico sistema, il sistema europeo di garanzia dei depositi. Questo progetto è fallito per le difficoltà di raggiungere un compromesso politico.

Nel 2015 è stato sollecitato nuovamente un sistema unico dei Paesi appartenenti all'area euro: si auspica che il sistema di garanzia europeo possa avvalersi di un unico Fondo, dove progressivamente i singoli SGD nazionali dovranno trasferire le risorse raccolte dalle banche aderenti.

In attesa di un sistema unico, sono stati rafforzati i sistemi nazionali di assicurazione dei depositi, prevedendo meccanismi di finanziamento ex ante, cioè di una modalità di contribuzione costante nel tempo ovvero almeno su base annuale (in Italia, invece, era previsto un meccanismo ex post, che si attivava solo con la manifestazione del dissesto di una specifica banca).

Entro il 2025, i fondi forniti ex ante dovranno raggiungere almeno lo 0,8% de depositi coperti in ciascuno Stato membro.

Inoltre, il regolamento Mru prevede meccanismi di ripartizione dei costi della risoluzione fra Fondi di risoluzione e Sistemi di garanzia dei depositi: il regolamento prevede che il sistema di garanzia dei despoti risponde fino a concorrenza dei depositi coperti per l'importo delle perdite che avrebbero dovuto sostenere se l'ente fosse stato liquidato secondo la procedura ordinaria d'insolvenza. Inoltre, se le risorse del sistema nazionale di assicurazione non siano sufficienti a coprire i pagamenti da effettuare ai depositanti, il Fondo può prestare le risorse necessarie a tale regime di garanzia dei depositi.

In Italia esistono due sistemi di garanzia dei depositi:

- Fondo interbancario di tutela dei depositanti, in cui incentrano tutte le banche italiane e le banche extracomunitarie operanti in Italia.
- Fondo di garanzia dei depositanti del credito cooperativo, cui aderiscono tutte le banche di credito cooperativo.

In entrambi i casi, si tratta di sistemi di garanzia organizzati come consorzi privati che funzionano secondo lo schema tipico della società di capitali (assemblea, consiglio di amministrazione e collegio sindacale).

È prevista una stretta collaborazione fra Banca d'Italia e gestore del sistema del fondo: l'autorità di vigilanza deve riconoscere i sistemi di garanzia dei depositi, approvarne lo statuto, verificare (in caso di banche extraeuropee), se la garanzia offerta è equivalente ai sistemi del Paese di appartenenza.

La Banca d'Italia può escludere dal sistema una banca che non adempia ai doveri associativi e l'esclusione implica la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria. Inoltre, la Banca d'Italia coordina gli interventi del sistema di garanzia con le procedure di gestione della crisi.

Gli SGD possono prevedere anche interventi alternativi al rimborso:

- a supporto delle operazioni di cessione di attività/ passività e aziende, nei casi di liquidazione coatta amministrativa delle banche;
- per superare il dissesto o il rischio di dissesto di una banca, quindi in una situazione precedente alla crisi, attraverso prestiti o comprando azioni di banche in amministrazione straordinaria.

L'operatività di tali sistemi è limitata da un approccio della Commissione europea, che fa rientrare tali interventi alternativi negli aiuti di Stato, escludendo solo l'attività di rimborso dei depositanti.

Infatti, la Commissione ritiene che gli interventi alternativi siano esercizio di una potestà pubblica, perché prevedono l'autorizzazione della Banca d'Italia ed è obbligatoria la contribuzione da parte delle banche.

Però, questo è smentito dal fatto che i fondi hanno natura privata e che utilizzano risorse finanziare private.

Inoltre, gli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi sono legittimi solo se non coprono le perdite degli azionisti e detentori di capitale subordinato della banca in crisi, riducendo al minimo necessario gli aiuti di Stato.